

A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: CONCRETIZAÇÃO DO PRÍNCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: ACHIEVEMENT OF
HUMAN DIGNITY CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

.....
Claudio José Amaral Bahia*
Ana Carolina Peduti Abujamra**

*Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru. Professor do Programa Stricto Sensu em Direito (Mestrado), mantido pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Advogado.

** Mestranda em Direito Constitucional pela ITE/Bauru. Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Pós-Graduação mantido pela Instituição Toledo de Ensino, em Bauru. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário Toledo de Ensino de Araçatuba. Professora de Teoria Geral do Processo, Processo Civil I e II na Direção OAPEC/ Santa Cruz do Rio Pardo. Advogada

Sumário

1. Introdução. 2. Do princípio da dignidade humana. 3. Considerações acerca dos direitos fundamentais sociais. 3.1 Do direito social à saúde. 3.2. A saúde como direito fundamental do homem. 3.3. Direito à saúde como direito subjetivo. 4. Acesso universal à saúde: efetivação do direito, reserva do possível vs mínimo existencial vital. 5. Conclusão. 6. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The principle of human dignity. 3. Considerations on the fundamental social rights. 3.1 Social's rights. 3.2. Health as a fundamental right of man. 3.3. Right to health as a subjective right. 4. Universal access to health: effect of law, subject to the minimum possible vs existential vital. 5. Conclusion. 6. References.

Resumo

Hodiernamente, cada vez mais a questão relativa à saúde vem ganhando vulto e sendo tratada pelo Poder Judiciário como um direito fundamental pertencente tanto ao cidadão brasileiro quanto aqueles que aqui se encontram, devidamente garantido pelo texto basilar em vigor; porém, nem sempre foi assim. Em verdade, antes da promulgação da Carta Magna de

1988, a saúde no Brasil nunca havia sido moldada e pensada como um verdadeiro direito, muito pelo contrário! Nasceu ela, como se fosse uma simples mercadoria, pensada como um seguro, vinculada ao mundo do trabalho, com visão exclusivamente privada. Entretanto, a partir do momento em que a dignidade da pessoa humana foi colocada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o ser humano tornou-se elemento essencial à própria existência do Estado, donde, então, mais do que justificada está a preocupação basilar para com a saúde e toda a sistemática que compõe o intrincado problema.

Palavras-chave: saúde; fundamentais; justiciabilidade.

Abstract

Currently, the health issue is gaining more importance and is treated by the Law Power as a fundamental guarantee that belongs to the Brazilian citizen, but was not always so. In fact, before the promulgation of the 1988 Constitution, health in Brazil had never been shaped and designed like a real right, quite the contrary! It was originated in our country as if it were a commodity, designed as a secure, linked to the labor issues, with an exclusively private vision. Meanwhile, as soon as human dignity was put as a fundamental principle of the Federative Republic of Brazil, the human being has become an essential element to the very existence of the state. Then it is more than justified the concern for the basic health system and all the systematic that make up this complex problem.

Keywords: health; Fundamental rights

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 reservou um lugar de destaque para a saúde – aqui entendida, conforme reconhecido pela Organização Mundial de Saúde, como o completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas como a ausência de afecções e doenças, tratada, de modo inédito, no constitucionalismo pátrio, como um verdadeiro direito fundamental.

Qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica.

Pelo contrário, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Torna-se extremamente relevante estudar a saúde sob a nova ótica conferida pela Constituição, traçando-lhe os limites e possibilidades da concretização judicial

desse direito, com apoio na teoria dos direitos fundamentais¹, que vem sendo desenvolvida no Brasil e em outros países.

Enquanto o poder constituinte (originário) almejou construir um Estado Democrático e Social de Direito, com papel ativo na busca da redução das desigualdades sociais, as políticas públicas recentemente levadas a cabo pelo Poder Executivo, com o beneplácito do Legislativo, têm caminhado, muitas vezes, em direção contrária, reduzindo-se, minimizando-se e enfraquecendo-se o alcance de tais ideais, mediante a transferência da prestação dos serviços públicos, inclusive os essenciais, como a saúde, para a iniciativa privada.

É suficiente uma leitura dos quatro primeiros artigos da Constituição, em especial do art. 3º, para perceber que o poder constituinte não pretendeu seguir o modelo “neoliberal” e que, portanto, está havendo um descompasso entre a “vontade de poder” e a “vontade de constituição”.

Nesse quadro, em que a vontade política de fazer valer os direitos constitucionais é praticamente inexistente, o Poder Judiciário, enquanto responsável pela manutenção da supremacia da Constituição, é frequentemente chamado para dirimir conflitos em que, de um lado, está o cidadão, lutando para que as promessas de modernidade sejam efetivamente cumpridas, e, de outro lado, está o Poder Público, que, por ideologia, má gestão ou mesmo por falta de recursos, deixa de cumprir seu dever basilar.

É justamente sobre a “vontade de constituição” em reconhecer-se o direito à saúde como de natureza social e fundamental, corolário do princípio maior da dignidade da pessoa humana, que passar-se-á a discorrer neste trabalho.

2. Do princípio dignidade da pessoa humana

Na atualidade, a dignidade da pessoa humana constitui requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que se pretende Democrático de Direito, e, por óbvio, as pessoas portadoras de deficiência, quiçá, principalmente elas, devem tê-lo reconhecido e exercido.

Etimologicamente, ‘dignidade’ “vem do latim *dignitatem*, do italiano *dignità*, do francês *dignité*, do espanhol *dignidad*, significando decoro, nobreza, compostura, respeitabilidade”².

Todavia, a dignidade não é só um valor intrínseco do ser humano e muito menos exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro.

1 ZOLLINGER, Marcia. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Podivm, 2006, p. 37-42.

2 FRANCISCO DA SILVA BUENO. **Grande dicionário etimológico prosódico da Língua Portuguesa**, verbete ‘dignidade’, v. II, p. 1018.

Seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal de 1988 incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), como seu valor supremo, definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e dos Direitos fundamentais.

Vinte anos após a promulgação da Constituição, presenciam-se, diariamente, situações em que a dignidade da pessoa humana é malferida, não apenas pela violência direta em que há o repúdio da sociedade, mas, principalmente, pela formas veladas como o preconceito, o racismo e, acima de tudo, pela miséria em que vivem milhões de pessoas desprovidas das condições mínimas de sobrevivência.

Ensina Sarlet³:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a **dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais** e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplici esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. (grifo nosso)

Deve-se, contudo, ter cuidado, pois a pessoa não pode e não deve ser tratada como um reflexo da ordem jurídica. Deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que, na relação entre o indivíduo e o Estado, há uma presunção a favor do ser humano e da sua personalidade, vez que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.

Ao se tratar tal valor positivado, como princípio, este deverá ser ponderado, ou seja, deverá ser aplicado na medida do possível; agora, se for entendido como regra, esta deverá ser tratada diante da conhecida expressão afeta ao jogo do tudo ou nada.

Portanto, se da observação do princípio da dignidade da pessoa humana resultam consequências dentro do próprio sistema constitucional, dispensável é reafirmar a importância desse valor como fonte integradora e hermenêutica de todo o ordenamento jurídico brasileiro e latino-americano e não apenas dos direitos e garantias fundamentais.

A dignidade da pessoa humana não é o único parâmetro de interpretação e sequer pode ser considerado absoluto, mas, por força de sua proeminência axiológico-normativa, deve ser considerada a principal fonte da hermenêutica constitucional.

3 SARLET, INGO WOLFGANG. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 47.

A dificuldade é ainda maior quando se verificam os múltiplos significados atribuídos pela doutrina nacional ao princípio:

- (i) ora como valor absoluto⁴;
- (ii) ora como critério interpretativo⁵;
- (iii) ora como um direito fundamental em si mesmo⁶;
- (iv) ora como direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana⁷;
- (v) ora como mera referência filosófica, desprovida de maior normatividade⁸.

Mesmo sendo impossível atribuir-lhe um conceito fixo e imutável, não há dúvidas que a sua aplicação, em casos concretos, é inafastável, principalmente, quando noticiados desrespeitos à vida, integridade física e psíquica, falta de oferecimento de condições mínimas que garantam uma existência digna, limitação da liberdade ou a promoção da desigualdade ou, pior, nos casos em que direitos fundamentais estejam flagrantemente sendo afrontados ou desconsiderados.

O princípio da dignidade da pessoa humana é, portanto, um princípio fundamental do sistema constitucional brasileiro que confere racionalidade ao ordenamento jurídico e fornece ao intérprete uma pauta valorativa essencial ao correto entendimento e aplicação da norma. Do respeito à dignidade da pessoa humana resultam quatro importantes consequências:

- a) a igualdade de direitos entre todos os indivíduos (art. 5º, inc. I, CF);
- b) a garantia da independência e autonomia do ser humano, não podendo ser utilizado como instrumento ou objeto;
- c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem;

4 BOGNETTI, Giovanni; COTTA, Sergio; FERRI, Giovanni Battista et al. **Diritti fondamentali dell'uomo**. Roma: Giuffrè, 1977, p. 78-79: “[...] È questo valore della persona umana e il suo modo di essere che è inviolabile; immutabilmente inviolabile perché immutabile è il ruolo che l'uomo svolge in rerum natura [...]”.

5 COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38: “[...] O postulado normativo da dignidade humana opera como meta-norma, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas outras normas [...]”.

6 HERVADA, J. **Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana**. 2. ed. Pamplona: EUNA, 1993, p. 670: “[...] dignidad inherente a la persona [...] pues inherente significa, algo que es insuperable por naturaleza. Resulta obvio que la dignidad por naturaleza es inherente por naturaleza a la persona humana”.

7 DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115: “[...] O texto constitucional busca assegurar a possibilidade de o indivíduo encontrar meios para promover o pleno desenvolvimento de sua personalidade [...]”.

8 SPAEMANN, Robert. **Sobre el concepto de dignidad humana**. Pamplona: EUNA, 1998, passim. Acredita que a dignidade da pessoa é universal, é um conceito transcendente e portanto de difícil compreensão conceitual, porque indica uma qualidade indefinível e simples como a liberdade.

d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida (garantia de um patamar existencial mínimo).

Portanto, se da observação do princípio da dignidade da pessoa humana resultam consequências dentro do próprio sistema constitucional, dispensável é reafirmar a importância desse valor como fonte integradora e hermenêutica de todo o ordenamento jurídico brasileiro e latino-americano e não apenas dos direitos e garantias fundamentais.

A correta interpretação desse princípio leva à concretização de valores superiores, direitos e garantias fundamentais, inalienáveis e irrenunciáveis por qualquer ser humano.

Por se tratar de princípio ético, de inquestionável inafastabilidade, é vinculante dos poderes estatais e qualquer norma constitucional ou infraconstitucional que o contrarie padece de inegável ilegitimidade e deve ser afastada de plano do ordenamento jurídico.

Por fim, deve-se ressaltar que, por força de sua dimensão intersubjetiva, o princípio da dignidade da pessoa humana cria um dever geral de respeito de todos os seres humanos com relação a seus semelhantes, isolada ou coletivamente, afetando a todos indistintamente, intérpretes jurídicos ou não do sistema constitucional, indiferentemente de estar expresso ou não no ordenamento jurídico.

3. Considerações acerca dos direitos fundamentais sociais

No curso da história, a partir do surgimento do Estado Liberal (séc. XVIII-XIX), foram observadas “dimensões” de direitos que passaram a conviver entre si.

Os primeiros direitos a serem reconhecidos voltavam-se contra a opressão do monarca. Tratou-se, portanto, dos direitos voltados ao valor liberdade, classificados, inicialmente, como direitos negativos, que funcionavam como limites constitucionais ao poder não mais ilimitado do Estado.

Os direitos à liberdade têm dimensão ampla, envolvendo a obtenção de condições materiais (propriedade), espirituais (liberdade de religião) e, ainda, a liberdade de escolha no campo da política como forma de livre manifestação de pensamento e opinião. Assim, diz-se que o Estado deve assegurar as liberdades públicas aos indivíduos através de medidas abstencionistas como a vedação à censura, a não intervenção sobre a propriedade privada.

Como bem sintetizou Paulo Bonavides:

No liberalismo, o valor da liberdade, segundo Vierkandt, cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. Quanto menos paupável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse⁹.

Estes seriam os chamados direitos de primeira dimensão, tais como a vida, a integridade física, a propriedade privada e a liberdade. Partindo dessa classificação “negativa”, afirma-se que os direitos de liberdade reclamam, para sua plena eficácia, uma abstenção por parte do destinatário da norma, dispensando, portanto, a mediação legislativa e a alocação de recursos, o que é afeto à aplicabilidade dos direitos de 2ª dimensão que exigem uma prestação positiva do Estado, um agir estatal.

Porém a liberdade contemplada no Estado Liberal e a consequente igualdade sempre corresponderam a conceitos meramente formais e não substanciais. Uma liberdade formal que conduzia a uma desigualdade de fato. Essa realidade já visível tornou-se mais evidente a partir do fim da I Grande Guerra Mundial com o contraste observado entre a liberdade do liberalismo e a escravidão social dos trabalhadores, como defendido por Karl Marx.

Assim, a liberdade do liberalismo pode ser perversa como o é a liberdade negativa. Logo não era mais sustentável a repetição do postulado de que todos os homens são iguais perante a lei. Exigia-se uma quebra de paradigma com a superação dos clássicos conceitos cultuados desde a Revolução Francesa. A liberdade do liberalismo clássico deveria romper-se, superar-se, alcançando novos conceitos e posições em que os fatores econômicos deveriam ser considerados, a fim de se obter uma igualdade material e não mais formal.

Nesse cenário, surge o Estado Social (Rousseau, Marx) que representou uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. A tese democrática de Rousseau¹⁰ buscava a igualdade entre as classes confiando na conciliação de classes, mediante concessões mútuas, cujo instrumento seria o sufrágio universal. Já os socialistas negavam qualquer possibilidade de conciliação com a burguesia e pregavam a luta de classes, a tomada do poder através da violência.

Nessa linha, e com o florescimento do Estado Social que marcou o século XX, o não intervencionismo cede espaço ao Estado Prestacional, repartidor e distribuidor de riquezas, no qual o compromisso do Estado de garantir uma vida digna está relacionado à outorga de prestações positivas e não ao culto de uma

9 BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.

10 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2000, passim.

omissão ou abstenção. A necessidade de se proteger e assegurar direitos sociais, através de serviços públicos prestados pelo Estado, fez nascer a nova forma de Estado que foi o Estado social em substituição ao Estado Liberal.

Esta foi a missão idealizada para o Estado Social, ou seja, promover uma distribuição igualitária de direitos sociais, vista sob o ângulo de uma igualdade material.

E, para tanto, o Estado deveria abandonar a sua posição de inércia para garantir as condições mínimas, inclusive materiais, para o pleno exercício dos direitos fundamentais sociais.

O Estado não intervencionista liberal passou a ser intervencionista no cumprimento de uma obrigação constitucional, devendo adotar comportamentos positivos, intervir na dinâmica social, econômica e, conseqüentemente, política, a fim de que todos os direitos formalmente garantidos no sistema constitucional se tornassem direitos efetivamente assegurados na prática constitucional da sociedade¹¹.

Nessa linha de ideias o Estado passou a ser prestador de serviços públicos essenciais, sendo tal tarefa a nova e consagrada função do Estado Social, cujos credores são os indivíduos que compõem a sociedade. Assim, a garantia dos direitos sociais gera prestações positivas para o Estado; direitos impositivos aos Estados estabelecem uma obrigação de atuação positiva (obrigação de fazer).

Por outro lado, o comportamento ativo do Estado na entrega de prestações criou, em relação às massas dos Estados Sociais, uma espécie de patologia social que é o assistencialismo.

Com efeito, a intervenção do Estado, principalmente na consecução dos direitos sociais, reduziu ainda mais a diminuta autonomia material dos indivíduos, principalmente em países pobres. O agir estatal aumentou a dependência do indivíduo em relação às prestações públicas, gerando massas de necessitados, o que enfraquece a democracia.

Explicação para isto pode ser atribuída, de acordo com o pensamento marxista, ao fato de que o Estado Social conserva sua adesão à ordem capitalista, cujo programa não ostenta grandes diferenças em relação aos postulados econômicos e sociais já praticados pelo regime de capitais.

Em síntese, os direitos fundamentais de segunda dimensão compreendem os direitos sociais e econômicos que, tradicionalmente, estão ligados a um conceito positivo de operacionalidade e fruição.

11 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

3.1. Do direito social à saúde

O direito à saúde compreende tanto o direito de estar sadio quanto o de ser tratado e se preparar para a vida profissional (habilitação e reabilitação) e o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer sadio), pelo que as políticas públicas sanitárias merecem especial destaque. No entanto, a efetivação do direito à saúde passa pela disponibilização de ações e serviços de natureza preventiva e curativa das doenças e outros agravos que prejudicam e põem em risco esse direito.

3.2. A saúde como um direito fundamental do homem

A Constituição vigente, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o Direito Internacional, incorpora o direito à saúde como bem jurídico digno de tutela jurisdicional, consagrando-a como direito fundamental e outorgando-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria, ou seja, um direito fundamental da pessoa humana oponível contra o Estado, obrigando-o a determinada prestação sempre que o bem da vida esteja concretamente em risco.

Dentro de um legítimo Estado Democrático de Direito, a saúde constitui-se como um direito público subjetivo, exigível contra o Estado, posto que seu exercício e efetividade dependem de aporte de recursos materiais e humanos a serem implementados por meio de políticas públicas de saúde.

No sistema sanitário brasileiro, a saúde é um direito fundamental do homem, configurando-se em um bem jurídico tutelado através de um conjunto de regras e princípios, destinados a darem eficácia imediata e autoaplicabilidade ao art. 196 da Constituição dirigente, conforme o estatuído no art. 5º, § 1º, da CF/88.

Na ordem jurídico-constitucional, a saúde apresenta fundamentalidade formal e material. A fundamentalidade formal do direito à saúde consiste na sua expressão como parte integrante da Constituição escrita, sendo um direito fundamental do homem, uma vez que se situa no ápice do ordenamento jurídico como norma de superior hierarquia. Já, em sentido material, encontra-se ligada à sua relevância como bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, pois não pode haver vida humana digna sem saúde.

Uma questão de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Portanto, é necessário interpretar os direitos sociais de maneira a reconhecer-lhes o conteúdo material que a Constituição confere aos “direitos e garantias individuais”.

A densidade normativa da expressão “direitos e garantias individuais” não abrange apenas o teor material dos direitos de primeira geração, mas se estende por igual aos direitos de segunda dimensão, os direitos sociais.

Dentro do novo Estado Democrático de Direito, delineado pelo art. 1º da Carta Política, a dignidade é um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil. Somente uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito pode fornecer concretude material aos direitos de primeira geração, uma vez que as prestações dos direitos sociais por parte do Estado são as que criarão socialmente as condições para a liberdade concreta e efetiva dos cidadãos para viverem dignamente.

Tomando-se em consideração a teoria do *status* de Jellinek, não é mais possível circunscrever o *status negativus* ao conceito de direitos fundamentais individuais, a exemplo do que fazia a velha corrente liberal, posto que estes não têm somente a qualidade de direitos subjetivos, mas se revestem também da qualidade de direito objetivo, do qual podem decorrer direitos a uma prestação positiva. O *status positivus* é a esfera das exigências, das postulações e das pretensões com que o indivíduo pode exigir do Estado as prestações sociais ao exercício da própria liberdade, criando seus pressupostos materiais e não meramente abstratos e formais.

Pela nova hermenêutica constitucional fundada em diretrizes sistemáticas e na integração e unidade do sistema jurídico, entende-se que não há distinção de grau nem de valor entre os direitos individuais e direitos sociais, uma vez que estes, inserida a saúde, vinculam-se e correlacionam-se ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, servindo-lhe de regra hermenêutica.

As normas definidoras de direitos fundamentais, além de aplicáveis a todos os direitos fundamentais, apresentam caráter de normas-princípios, pois delas podem ser extraídos os efeitos jurídicos necessários para a efetivação do direito à saúde, pois, do contrário, os direitos fundamentais se limitariam a ficar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais.

Nesse contexto sobre o modo de aplicação dos princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito, cabe parafrasear a distinção entre regras e princípios, muito bem formulada por Alexy.

Para Alexy,¹² os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas.

12 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87.

Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, ou seja, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.

Entende o jurista alemão que o que diferencia basicamente princípios de regras seria o fato de os primeiros serem *razões prima facie*, pois não contêm mandamentos definitivos, enquanto as segundas seriam *razões definitivas*.

Alexy compreende que os princípios jurídicos devem ser aplicados nos limites e nos contornos das circunstâncias fáticas (adequabilidade), posto que funcionam como pressupostos que orientam os processos de aplicação das regras e dos princípios jurídicos.

Para a determinação de um direito fundamental é necessário considerar as condições fáticas e jurídicas sob as quais um princípio precede o outro, pelo que toda precedência principiológica é condicionada, não havendo então princípio dotado de prevalência absoluta.

A estipulação da precedência de um princípio sobre outro apenas pode ser realizada mediante a utilização do princípio da proporcionalidade, com suas máximas de adequação e necessidade que tratam das condições fáticas do caso em análise, e de ponderação relativa às condições jurídicas do caso na solução da colisão dos princípios adequados e necessários.

Adotando-se o critério da proporcionalidade e da harmonização dos valores estabelecidos por Alexy¹³ em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, o papel da eficácia e aplicabilidade do direito à saúde é essencial, vez que é a variante elementar do princípio fundamental da pessoa e do respeito à dignidade humana, que é o princípio que norteia e permeia a totalidade de nossa Lei Fundamental e sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua própria humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.

O direito à saúde, expresso no art. 196 da CF/88, por ser fundamental à dignidade e à vida da pessoa humana, não pode ser interpretado como mera norma programática, que se limita a traçar princípios, objetivos e programas visando à realização dos fins sociais do Estado, posto que frustra e limita o caráter pluralista, dirigente e principiológico da Carta Política, cujo objetivo direciona-se para a concretização de uma justiça social que legitime o Estado Democrático de Direito (art. 3º, da CF/88).

É também autoaplicável, devido à presença em nosso ordenamento jurídico positivo de regras que lhe conferem efetividade, porque, além do texto constitucional que a consagra como direito fundamental, há a legislação infraconstitucional, especialmente a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), que em seu art. 2º, assinala expressamente que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

13 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 157.

No plano normativo constitucional, as normas constitucionais, ao reconhecerem a saúde como direito fundamental do homem, conferem-lhe aplicabilidade imediata, devendo o Estado tomar providências positivas, virtude do que dispõe o art. 5º, § 1º, da CF/88. Isso significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento, de maneira a possibilitar sua concretização prática segundo os mecanismos constitucionais e os fundamentos teóricos que os subsidiam.

3.3. Direito à saúde como direito subjetivo

O art. 196 da Constituição Federal de 1988, como direito subjetivo, ou melhor, como direito subjetivo positivo, estaria a permitir que um indivíduo acometido por alguma doença grave pode acionar o Estado (entenda-se todas as esferas: União, Estados, Municípios e Distrito Federal) para obter medicamentos ou tratamento adequado?

No que tange ao direito à saúde, cabe reconhecê-lo como sendo um verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário para a proteção da vida humana.

É claro que não é a mera positivação do direito à saúde como direito fundamental em nossa Constituição que o identifica como um direito público subjetivo. A positivação de direitos fundamentais é fruto do Estado Liberal, que sabiamente desprezava o tema da eficácia dos direitos sociais e valorizava apenas os direitos de liberdade de fruição imediata.

O que o faz revelar-se como direito subjetivo é a imperatividade da norma constitucional, no que tange à determinação específica de um dever jurídico para alcançar o objetivo da norma, isto é, um dever relacionado ao conteúdo da prestação que é dever do Estado.

E tal dever, se não prestado, pode ser exigido, juridicamente, através de mecanismos processuais, podendo-se citar, como exemplo, os mandados de segurança impetrados para assegurar o fornecimento de medicamentos aos que não tem acesso à rede particular.

Reforce-se que, em casos tais, a intervenção do Judiciário em face da omissão inconstitucional das demais esferas do Poder, em muitas das vezes, se converte no último bastião e na última saída para amenizar a sofrida situação das classes menos abastecidas de nosso País, que buscavam na atuação política de seus representantes a possibilidade de bem-estar e foram frustrados pela inércia social que tomou conta de nossas autoridades.

Insta acentuar, por oportuno, que o presente estudo não pretende legitimar ou referendar a banalização de acesso ao Judiciário, de modo meramente

egoístico ou individualista, em detrimento da coletividade; todavia, não há como se descurar do fato de que, a partir do momento em que se enfeixa a dignidade humana como viga-mestra do sistema jurídico, não se pode deixar correr ao largo a concretização de tudo aquilo que se mostra inerente e coerente com sua dicção.

Assim, não há como se descurar que o Judiciário pró-ativo, por óbvio, também encontra limitação de atuação nos ditames do texto constitucional republicano¹⁴, de modo que não se pode confundir complementação de lacunas ou obscuridades com verdadeira criação inovadora de dispositivos, efeitos e contingências que até então não se mostravam presentes no seio do ordenamento jurídico pátrio, sob pena de manifesta infringência ao conclamado princípio da separação das funções do Poder, plasmado no art. 2º do texto constitucional brasileiro.

Desta feita, e no intuito de que a atuação judicial ativa não ultrapasse os limites e espaços que lhe são inerentes, ou seja, quando se mostra necessária sua autocontenção, mister se faz dar espaço ao princípio da reserva de consistência, cujo vetor está a impedir o juiz, de que instância for, de criar, desenvolver e aplicar preceitos ditos constitucionais que não se encontrem expressamente presentes no bojo da Lei Maior, bem como daquelas que, embora existentes, demandem a elaboração de projetos legislativos de certa complexidade.

Outro mecanismo de suavização da atuação judicial ativa se encontra no direito comparado germânico, mais precisamente na chamada *Appellentscheidung* (apelo ao legislador), no qual o Poder Judiciário notifica e fixa lapso temporal, a fim de que o Poder Legislativo tome as medidas necessárias a uma rápida e eficaz revisão e alteração de uma determinada norma, sob pena de, em assim não agindo, declarar a sua inconstitucionalidade e sua substituição por uma decisão judicial.

De qualquer forma, quadra aqui se fazer uma digressão, posto que quando os assuntos são de interesse da Administração Pública (privatizações, achatamento de salários e vencimentos, empréstimos a banqueiros, etc.) é consabido que não há burocracia no mundo que consiga impedir ou retardar o atingimento do desiderato perseguido, mas, quando o assunto é o cidadão, é a pessoa humana, é o jurisdicionado, a coisa muda totalmente de figura, e cada pequeno obstáculo (quando existente) transmuda-se em enorme “Muralha da China”, impedindo-os de todas as formas de proteger seus direitos e, o que é pior, as suas próprias vidas.

14 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 119: “[...] a necessidade de uma atuação efetiva do Judiciário em prol da materialização das esperanças constitucionais. Cabe ponderar que, por óbvio, o ativismo judicial não será, de per si, panaceia para toda e qualquer violação de direitos existentes na face da terra. Por outro lado, não podem os juízes também, a pretexto de interpretar e efetivar a Constituição, utilizar seus subjetivismos disfarçados de interpretação constitucional [...]”.

4. Acesso universal à saúde: efetivação do direito, reserva do possível vs mínimo existencial vital

A Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer a saúde como direito de todos e dever do Estado, conferindo aplicabilidade direta e exequibilidade imediata às normas constitucionais referentes a tal desiderato. Do ponto de vista constitucional, se por um lado não se pode discutir sobre a incontestável proteção/promoção da saúde, por outro não se pode camuflar o flagrante desrespeito à aplicação do art. 196 da CF/88.

A questão da efetividade do direito à saúde passa pela análise da natureza e eficácia de tal direito, no sentido de conferir-lhe ou não caráter de fundamentalidade. O que para nós já foi solucionado: é direito fundamental.

É necessário examinar-se a aplicabilidade imediata do direito à saúde, ou seja, se as normas que conferem esse direito são autoaplicáveis, podendo ser exigida sua aplicação, inclusive judicialmente, com base apenas no texto constitucional; ou se, ao contrário, tais normas só permitem a exigência de determinadas prestações do Estado após sua regulamentação pelo legislador.

Se ao Estado compete assegurar a ordem pública, tutelar a segurança pública e a incolumidade das pessoas, bem como procurar realizar o bem-estar social, possibilitando a igualdade de oportunidade a todos, é necessário que o mesmo seja autorizado pela Constituição, nos estritos termos de suas normas, a regular, quer por conceitos gerais, quer por lei, o exercício dos direitos e autonomias conferidos aos indivíduos e entidades pelas normas constitucionais, cuja eficácia e aplicabilidade ficam delimitadas ao equilíbrio socioeconômico, na busca da efetivação do bem comum.

A saúde como direito social constitucionalmente garantido qualifica-se como um direito fundamental que assiste a todas as pessoas como condição ou consequência constitucional indissociável do direito à vida. Como requisito de uma vida digna, a saúde é uma questão de cidadania, de conferir aos cidadãos a possibilidade democrática de uma provável realização desse direito.

O art. 197 da CF/88, ao expressar que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, vincula o Poder Público na promoção das políticas sociais e econômicas para a consecução desse direito.

No plano da organização federativa, a defesa da saúde é dever do Estado, o qual não pode mostrar-se indiferente a esse problema da população, devendo o Estado atuar positivamente na realização desse direito, disponibilizando serviços de saúde, sob pena de grave omissão constitucional.

A fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais de natureza normativa, na esfera organizacional e procedimental.

Por certo, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde somente se efetivam através da adoção de políticas sociais econômicas ao encargo do Estado. Diante da matriz programático-sistêmica do direito à saúde, a concretização dos preceitos constitucionais relativos a ela depende da criação e execução dos programas necessários para a realização da eficácia jurídica e social da Constituição.

Ao que parece, a Constituição, por seu alto sentido político e como eminente garantia política de defesa da eficácia jurídica dos direitos sociais, pretende, com a norma esculpida no art. 5º, § 1º, da CF/88, conferir uma dimensão prestacional do mínimo existencial, objetivando a maximização da eficácia dos direitos fundamentais.

O Estado deve atuar, positivamente, na consecução de políticas de saúde que visem à efetivação desse direito, priorizando, dentro do princípio da reserva do possível, as ações e serviços de saúde que o mínimo existencial impõe para a sobrevivência humana.

A outorga de prestações materiais para o atendimento à saúde constitui exigência absoluta para os Estados, notadamente o Estado Brasileiro que inclui, em sua norma maior, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático e princípio norteador da ordem econômica (art. 1º, III; art. 170 CF). O problema, portanto, é saber a dimensão do dever do Estado, ou seja, considerando o limite fático da reserva do possível e o acesso universal igualitário, o Poder Público é devedor de um atendimento global na área de saúde, ou podem ser estabelecidos critérios seletivos para o atendimento, criando-se uma espécie de padrão ou patamar mínimo de prestações materiais destinadas a camadas da população reconhecidamente pobres?

Sarlet¹⁵, seguindo o posicionamento de Canotilho, admite que as prestações devidas possam ser limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana.

Entende-se que a ação exigível é ação indispensável e não toda e qualquer ação supostamente voltada a práticas de políticas sociais que, ao mobilizar recursos, faz periclitar o caráter universal da medida, pois outros necessitados também são credores de tarefas estatais.

A exigência destas prestações, notadamente as que envolvem direitos sociais, são inerentes ao próprio Estado Social de Direito incorporado em nossa Constituição.¹⁶ Mas até onde vai a obrigação dos Poderes Públicos na entrega

15 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, passim.

16 LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. 4ª reimpr. Madri: Alianza Universidad, 2007, p. 94: “[...] *La confusión entre función y prestación constituye el típico error de las teorías sociales ‘tecnocráticas’, que conceptúan a la sociedad como una especie de receptor de prestaciones, a pesar de los mismos portadores de prestaciones sean también parte de la sociedad [...]*”.

destas prestações? Qual o valor de prestações que pode ser reclamado pelos particulares?

A vinculação a um padrão mínimo corresponde ao conjunto de condições materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, formando um núcleo sindicável cuja entrega não pode ser obstaculizada sob o argumento da reserva do possível ou da escassez de recursos financeiros.

O conteúdo deste padrão mínimo também gera problemas de difícil solução, ou seja, o Estado, no caso da saúde, deve financiar a saúde preventiva ou curativa? Ou ambas? O acesso à rede pública de saúde estende-se a todos ou apenas àqueles que demonstrarem situação de pobreza? Como promover o atendimento universal e igualitário? Parece lógico que critérios devem ser formulados e testados pelos Poderes Públicos, considerando, ainda, aspectos regionais e casuísticos para conformar-se a uma melhor justiça distributiva.

Ao defender-se a entrega de prestações sociais para a saúde sob um padrão mínimo, admite-se que tal direito não pode ser encarado como um poder absoluto e ilimitado do indivíduo contra o Estado.

O direito à saúde, como posição jurídica a ser tutelada pelo Estado, deve atender ao critério da universalidade, o que vale dizer que sua distribuição, através de ações e serviços, deve ser racional, conformando-se com o próprio art. 196 da Constituição Federal. As limitações fáticas devem conduzir a juízos que permitam que as prestações concedidas pelo Estado sejam passíveis de fruição universal igualitária entre potenciais beneficiários, sem que outros serviços e ações sejam prejudicados.

Ora, gastar demasiadamente em um programa social deixando outros de igual relevância sem reserva orçamentária gera injustiça social da mesma forma, além de contrariar o art. 196 da Constituição Federal. Não se nega aqui a normatividade e a aplicabilidade imediata da norma constitucional que garante o direito à saúde, tampouco se contesta a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado prestações positivas com base neste preceito.

Com o exposto não se pretende restringir o âmbito de aplicação deste direito social e, sim, fortalecê-lo, por meio de uma aplicação racional e criteriosa, pois, devemos nos ater que a melhor maneira de enfraquecer os direitos fundamentais seria inflacioná-los a tal ponto que acabariam sendo amolecidos e descaracterizados. Distribuição ou aplicação racional significa atender o maior número de demandas em um cenário de recursos escassos, o que conduz a ideia de que acesso universal igualitário é acesso do maior número de pessoas ao maior número de prestações limitadas. Como são limitadas, suas distribuições deve ser

racional e dotada de critérios, o que faz retornar a ideia de um padrão mínimo de prestações, devendo-se ponderar¹⁷ caso a caso.

Fazendo a adesão não irrestrita à teoria que admite um padrão mínimo de prestações, cuja definição do conteúdo é complexa, vale um registro sobre o estudo do mínimo existencial dentro do princípio da dignidade da pessoa humana que está intimamente ligado ao direito à vida e o direito à saúde.

Com o até então relatado, pode-se observar que as “desculpas”, ao se tratar da questão dos custos dos direitos sociais, acabam por adotar a teoria do mínimo existencial e da reserva do possível, antes fática e agora também jurídica, para conformar o grau de exigência do particular com os limites prestacionais do Estado que tem reservas orçamentárias finitas para atender demandas sociais quase infinitas.

A garantia do mínimo existencial que o Estado deve assegurar às pessoas, corresponde à íntima vinculação dos direitos sociais com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, aos quais se deve reconhecer eficácia jurídica máxima, mandados de otimização, posto que exercem funções democráticas na definição valorativa do que se convencionou chamar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. Neste aspecto, o mínimo existencial vincula o Estado e o particular.

O mínimo existencial é um direito pré-constitucional, não positivado na Carta Magna, mas implícito no art. 3º, inc. III, como sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, e expresso nas normas que preveem as imunidades tributárias.

Um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo. Esse dilema pode ser revolido pela aplicação dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo de relevo destacar, com suporte na profícua lição de Fernão Borba Franco, que o primeiro postulado “[...] impõe que o exame da norma não seja automático, gramatical, mas que seja um exame de acordo com os princípios e normas constitucionais [...]”¹⁸, ao passo que o segundo vetor, nos dizeres de Walter Claudius Rothenburg, diz respeito ao fato (ato) de “[...] como certas normas devem ser aplicadas; portanto, contém uma determinação aos intérpretes do Direito [...]”¹⁹, ou, em resumo, “[...] visam esses princípios proibir o excesso, servindo para aferir a compatibilidade entre meios

17 A ponderação é a técnica formulada pelo autor germânico, Alexy, para solucionar a colisão que pode ocorrer entre direitos a liberdades e direitos sociais, ou mesmo entre direitos sociais, em suma, entre direitos fundamentais.

18 FRANCO, Fernão Borba. **Processo administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 33.

19 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípio da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 292.

e fins para evitar restrições desnecessárias ou abusivas pela Administração contra o particular [...]”²⁰.

Assim, o mínimo existencial seria composto por condições materiais básicas e prestações positivas (sociais) que sejam consideradas efetivamente indispensáveis para a vida com mínima dignidade, como a alimentação, o vestuário, a moradia, a saúde preventiva (vacinação) e curativa, e a educação básica.

O reconhecimento do direito às prestações sociais aos cidadãos se encontra intimamente vinculado ao questionamento dos próprios limites do Estado Social do Direito, ou seja, de estabelecer-se um padrão mínimo em assistência à saúde assegurada pelas normas constitucionais, diante da indisponibilidade dos recursos orçamentários para sua satisfação.

O dilema da implementação do direito à saúde no Brasil encontra-se concentrado não apenas na não alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, como, também, no mau gerenciamento das verbas públicas e na própria inexecução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.

Inobstante o caráter dirigente de nossa Constituição, existem várias garantias no que tange ao direito a saúde; contudo, estas garantias não são efetivadas, vez que o Estado não vem atuando positivamente na consecução das políticas necessárias para tanto.

Existem, obviamente, inúmeros fatores burocráticos e econômicos que emperram a efetiva aplicação do direito à saúde no Brasil.

A falta de recursos financeiros é agravada pelo mau gerenciamento das verbas públicas, tendo em vista que a carência de hospitais públicos faz com que o Poder Público recorra à iniciativa privada, contratando os seus serviços para prestarem assistência médico-hospitalar aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

Registre-se, ainda, que, não bastassem a insuficiência de recursos públicos e a malversação das verbas públicas, o dilema da efetivação do direito à saúde no Brasil também é agravado pela inexecução dos orçamentos pelos gestores públicos, ou seja, passa por desvios de verbas do SUS e prática de atos de improbidade administrativas dos gestores das verbas relativas.

O argumento dos custos, e a falta de recursos financeiros, dos direitos sociais que vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos, deve ser ultrapassado na medida em que recursos podem ser obtidos ou retirados em outras áreas menos essenciais à dignidade do homem²¹.

20 FRANCO, 2008, p. 32.

21 Aliás, esse posicionamento se encontra acolhido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, como bem se verifica pela decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário n.º 273.834-4/RS, sendo de relevo, pela importância que apresenta, transcrever-se parte do luzeiro voto subscrito pelo preclaro Ministro Celso de Mello, para quem: “[...] Na realidade, o cumprimento do dever

Assim, deve ser aplicado o vetusto brocado latino *nemo potest venire contra factum proprium*, isto é, ao Estado não é dado se opor a fato que ele mesmo deu causa. É a chamada proibição de comportamento contraditório, cujo postulado está embasado no princípio e na necessidade de tutela da confiança.

O que há é uma enorme deficiência no aparelho arrecadador. Nota-se que, apesar do superávit na arrecadação, o Brasil investe pouco na área de direitos sociais como a saúde pública, que é o direito mais intimamente ligado à vida e à dignidade da pessoa humana.

Acredita-se que, se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”.

Ao se falar em escolhas disjuntivas (o atendimento de uns e o não atendimento de outros por falta de recursos) não há critérios eficazes para alcançar uma solução justa.

Até mesmo o critério da ponderação entre princípios colidentes não se apresenta eficaz em situações disjuntivas, pois este se manifesta em casos concretos determinando o afastamento de um princípio que, naquele caso, apresenta-se menos relevante ou menos gravoso. Porém, tratando-se de direitos de uma mesma grandeza e mesma natureza como o direito à saúde, o relativismo e a ponderação são perigosos, podendo inclusive desencadear a morte para aquele que tiver o direito preterido no caso concreto.

político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue de nossa organização federativa [...]. Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, **caput** e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituídos em favor de pessoas carentes [...]. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus do HVI, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar [...]. Nesse contexto, incide sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em ser art. 196, a Constituição da República [...].”

Por outro lado, as escolhas trágicas, que decorrem do problema da escassez de recursos, não são apenas um problema orçamentário. Acrescentam-se a este ponto as decisões ou opções políticas acerca da alocação de recursos para a realização de direitos fundamentais que, muitas vezes, não são prioritários. Registre-se, contudo, a não aceitação de um elenco fechado e previamente definido de prestações que compõem o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se propõe é que o padrão mínimo de prestações, ou mínimo existencial, seja dinâmico em relação à inclusão de outros direitos também relacionados ao exercício de uma vida com dignidade.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana pode assumir importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo da esfera dos direitos sociais.

Além disso, é importante vetor na interpretação constitucional com o propósito de assegurar as condições materiais mínimas de existência. E tais componentes devem ter prioridade nas decisões alocativas e na aplicação dos recursos escassos como forma de maximizar a eficácia dos direitos sociais. Assim, a adesão conservadora à reserva do possível fática deve ser abandonada.

O grau de excepcionalidade é parcialmente útil na medida em que cria para o Poder Público o dever de justificar de forma ostensiva o não atendimento de alguma pretensão social. Mas não é suficiente, pois é perfeitamente possível que o Poder Público obtenha êxito em justificar a omissão, ou seja, o não fazer.

Nesse ponto, entra em cena a intervenção mais agressiva que deve ser adotada pelo Poder Judiciário.

Não se trata aqui de violar o sistema de freios e contrapesos. Se as decisões alocativas envolvem, em geral, vários critérios e escolhas possíveis, através de decisões políticas, cabe ao Poder Judiciário o controle da forma eleita e de eventuais excessos.

Pode-se, ainda, trazer que nada impede o Poder de fazer escolhas, onde gastar os insuficientes recursos públicos. Nesse sentido, tem-se que verificar a possibilidade de relativização da noção de direito subjetivo na esfera dos direitos prestacionais.

As pretensões relacionadas à outorga de prestações materiais não desfrutam da mesma força jurídica de outras pretensões voltadas a direitos fundamentais não prestacionais.

O custo dos direitos sociais e a reserva do possível são aspectos que, efetivamente, relativizam o dever jurídico correlato do Estado no atendimento aos direitos prestacionais, mas não elidem (e nem podem elidir), por completo, este dever, pelas razões já colocadas sobre a conceituação dos direitos subjetivos.

Consoante já apresentado, o acesso universal igualitário à saúde ajusta-se com o padrão mínimo de prestações, devendo ser observados critérios racionais de aplicação.

No caso dos não reconhecidamente pobres, as prestações de saúde podem ser suportadas pelo próprio particular em estabelecimentos privados; eis que a saúde é dever de todos e não exclusivamente do Estado que a descentralizou, estando livre a iniciativa privada (art. 199, CF/88).

Tais critérios, como sugestão, podem abranger a realização de atendimentos ou procedimentos médicos em estabelecimentos nacionais ligados ao Sistema Único de Saúde, com medicamentos genéricos ou de custo menos elevado, de eficácia comprovada, atuando, prioritariamente, na prevenção de doenças e combate aos fatores de risco, com destinação exclusiva aos reconhecidamente pobres.

Por fim, não se pode admitir que o direito à saúde, enquanto um direito fundamental social, deixe de efetivar-se pela inércia da atuação estatal diante da insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais ou pela incompetência gerencial dos agentes públicos.

5. Conclusão

Não se pode negar que, atualmente e principalmente em países que enfrentam grandes e graves problemas sociais, como no caso brasileiro, o papel do Estado não poderá ser relegado ao de mero espectador dos acontecimentos, fiando-se, para isso, meramente na concessão, aos seus cidadãos, da chamada igualdade formal, ou seja, na premissa de que, do ponto de vista abstrato, genérico e frio dos textos normativos existentes, todos são iguais, sem qualquer espécie de distinção ou discriminação.

É preciso intervir.

Necessário se faz, assim, que a isonomia atinja um patamar mínimo de materialidade e substancialidade.

De fato, dispõe o artigo 196 da Constituição Federal que “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O princípio programático estampado no dispositivo basilar de regência nada mais é do que uma correta aplicação do quanto positivado no inc. III do art. 1º da Constituição Federal, o qual trata da proteção da dignidade da pessoa humana, proteção esta que, obrigatoriamente, passa pelo acesso total e irrestrito dos cidadãos brasileiros a um sistema de saúde qualificado, que atenda realmente as necessidades e os anseios da sociedade brasileira.

O direito fundamental à saúde, bem como o acesso a instrumentos que mitiguem tal impossibilidade de concreção, faz parte do chamado mínimo vital, tendo prevalência, assim, sobre a reserva do possível.

Pelo visto anteriormente, tais situações se coadunam com a natureza e com a extensão protetiva e de aplicabilidade imediata; eis que apresentam caráter prestacional de dimensão subjetiva forte, razão pela qual, em tais hipóteses, é plenamente cabível a intervenção judicial positiva quando a omissão estatal na sua consecução se fizer presente.

Reforce-se que, em casos que tais, a intervenção do Judiciário em face da omissão inconstitucional das demais esferas do Poder, em muitas das vezes, se converte no último bastião e na última saída para amenizar a sofrida situação das classes menos abastecidas de nosso País, que buscavam na atuação política de seus representantes a possibilidade de bem-estar e foram frustrados pela inércia social que tomou conta de nossas autoridades.

Não se nega que a adoção de políticas públicas não se apresenta como algo de fácil implantação e que tenha o condão de produzir todos os seus efeitos de uma hora para outra, mas não se pode deslembrar que tais se constituem em dever do Estado, na exata medida em que se convertem em valioso e indispensável instrumento de mitigação das desigualdades materiais apresentadas em nossa sociedade, emergindo, daí, que tem o Estado a inafastável e fundamental obrigação de prover o mínimo existencial do cidadão, não podendo, para se eximir de tal mister, invocar a doutrina da reserva do possível, cabendo, repita-se, ao Judiciário a total liberdade de corrigir referida distorção.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pósmodernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: Maria Lúcia de Paulo Oliveira e Regina Quaresma (Coords.). **Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. reimpr. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

- _____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.
- BOGNETTI, Giovanni; et al. **Diritti fondamentali Dell'uomo**. Roma: Giuffrè, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao estado social**. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **I Diritti presi Sul serio**. Bologna: Mulino, 1982.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. 1 vol.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GASSET, José Ortega y. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.
- HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HERVADA, J. **Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana**. 2. ed. Pamplona: EUNA, 1993.
- JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana**: princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Abril, 2002.
- _____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, s.d.
- KRELL, Andrés J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. 4ª reimpr. Madri: Alianza Universidad, 2007.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003.

- MEIRELES, Ana C. C. **A eficácia dos direitos** Sociais. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Jurídica, 2004.
- SANTOS, Jorge Costa. **Bem-estar social e decisão financeira**. Coimbra: Almedina, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 3 vol.
- _____. **A cidadania multidimensional na era dos direitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- ZOLLINGER, Márcia. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Podivm, 2006.

Artigo recebido em 24/07/09

Aceito para publicação em 26/11/09