



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ – UFPI
PRÓ-REITORIA DE ENSINO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

SABRINA GISLANA COSTA DA CUNHA

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: MITIGAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL PELA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL, COMO FORMA DE PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

TERESINA-PI

2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ – UFPI
PRÓ-REITORIA DE ENSINO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

SABRINA GISLANA COSTA DA CUNHA

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: MITIGAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL PELA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL, COMO FORMA DE PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal do Piauí – UFPI, na linha de pesquisa Mudanças Institucionais, Democracia e Efetividade do Direito e a sublinha Estado e efetividade do direito (Mudanças institucionais e efetividade do direito na ordem social e econômica) como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raul Lopes de Araújo Neto

TERESINA-PI

2022

FICHA CATALOGRÁFICA
Universidade Federal do Piauí
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Humanas e Letras
Serviço de Processos Técnicos

C972o Cunha, Sabrina Gislana Costa da.
O direito fundamental social à saúde : mitigação da Teoria da Reserva do Possível pela Teoria do Mínimo Existencial, como forma de promoção da dignidade da pessoa humana / Sabrina Gislana Costa da Cunha. -- 2022.
106 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Piauí, Centro de Ciências Humanas e Letras, Programa de Pós-Graduação em Direito, Teresina, 2022.

“Orientador: Prof. Dr. Raul Lopes de Araújo Neto.”

1. Direito à saúde. 2. Reserva do possível. 3. Mínimo existencial.
I. Araújo Neto, Raul Lopes de. II. Título.

CDD 344.810 465

Bibliotecária: Thais Vieira de Sousa Trindade - CRB3/1282

SABRINA GISLANA COSTA DA CUNHA

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: MITIGAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL PELA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL, COMO FORMA DE PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito, da Universidade Federal do Piauí, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Mudanças Institucionais, Democracia e Efetividade do Direito e a sublinha Estado e efetividade do direito (Mudanças institucionais e efetividade do direito na ordem social e econômica).

Orientador: Prof. Dr. Raul Lopes de Araújo Neto

DATA DE APROVAÇÃO:.....de.....de.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Raul Lopes de Araújo Neto
Orientador e presidente da banca – UFPI

Prof. Doutor Robertonio Santos Pessoa
Examinador – UFPI

Prof. Doutor Samuel Pontes do Nascimento
Examinador – UFPI

Prof. Doutor Leandro Maciel do Nascimento
Examinador Externo ao Programa

Dedico este trabalho ao meu irmão Francisco Saulo Costa da Cunha (in memoriam), que me levou até a UFPI-Teresina para realizar a matrícula do Mestrado em Direito. Meu irmão, te amo muito, gratidão pelos ensinamentos e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por, em sua infinita bondade, me proporcionar tudo que preciso. Deus é bom o tempo todo e sempre busca nos guiar para o caminho certo. Tudo ocorre no tempo de Deus, assim, resta em gratidão, reafirmar, todos os dias em orações e ações, o compromisso com os valores que orbitam a bondade. Considero que a Fé em Deus é um combustível para persistência, força e êxito. Obrigado Pai pela conclusão dessa etapa.

Agradeço a minha família, em especial aos meus pais Raimundo Gilmar Lima da Cunha e Maria do Socorro Costa da Cunha por não terem medido esforços para me proporcionarem todo amor, carinho, dedicação e acompanhamento que uma pessoa poderia ter, obrigada pela ótima educação e por tudo que fizeram por mim e pelos meus irmãos, vocês são pais maravilhosos. Assim, é com alegria que digo que meus pais e minha família são a minha base. Essa vitória é nossa.

Agradeço ao meu irmão, Francisco Saulo Costa da Cunha, que agora está no céu vendo esta vitória. Meu irmão maravilhoso, obrigada por sempre acreditar em mim, obrigada por sempre me ajudar, e principalmente, obrigada por todo amor incondicional. Foi você Saulo que me levou para fazer a matrícula do Mestrado em Direito na UFPI, super feliz e contente por sempre me acompanhar. Obrigada por toda a nossa irmandade. Um dia nos encontraremos no céu.

Agradeço ao Prof. Dr. Raul Lopes de Araújo Neto por ter me orientado durante produção da dissertação, obrigada por todo apoio, pelos ensinamentos e pelo direcionamento. Agradeço a todos os professores do PPGD – Programa de Pós Graduação em Direito da UFPI, obrigada por todas as aulas, debates, seminários. Os ensinamentos adquiridos na vida acadêmica foram valiosos pra os discentes.

Agradeço aos meus amigos por toda a torcida, apoio e por se alegrarem com as conquistas.

Agradeço aos colegas mestrandos/mestres, muito sucesso a todos.

A todos meus sinceros agradecimentos.

Consagra ao SENHOR todas as tuas obras e os teus planos serão bem-sucedidos (Provérbios 16:3).

RESUMO

Os direitos fundamentais são aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. A Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como um direito fundamental tendo um duplo aspecto: direito e dever, sendo a saúde elencada no artigo 6º e 196 da CF/88 como um direito para todas as pessoas e ao mesmo tempo é um dever devendo ser prestado pelo Estado. Os objetivos que nortearam o presente trabalho foram, portanto, analisar a saúde como um direito fundamental social, apresentando seus fundamentos legais e doutrinários, bem como analisar o direito à saúde através das perspectivas da teoria da reserva do possível e teoria do mínimo existencial. Metodologicamente a pesquisa ocorreu sob o método qualitativo de análise de dados, tendo em vista que foi feita uma abordagem teórica, através da leitura de obras bibliográficas, de doutrinas e legislações. A pesquisa também realizou-se sobre a análise de decisões judiciais dos Tribunais Superiores que se relacionam com a temática. Nesse sentido, no primeiro capítulo tratou-se sobre os direitos humanos e os direitos fundamentais, direcionando-se para a análise das dimensões dos direitos fundamentais e verificando aspectos históricos da formação do Estado Democrático de Direito. No segundo capítulo, analisou-se sobre o direito à saúde e abordou-se sobre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. Já no terceiro capítulo, foram abordados aspectos gerais do orçamento público, decisões de Tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), apresentou-se a mitigação entre as supramencionadas teorias. Conclui-se que o direito à saúde, sendo um direito de segunda dimensão, é um direito fundamental social e para sua efetivação necessita-se de eficaz atuação estatal no que tange à implementação de políticas econômicas e sociais. Desta feita, diante do exposto na teoria da reserva do possível e na teoria do mínimo existencial, verifica-se que é necessário a mitigação daquela por esta, a fim de que se promova a dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Direito à Saúde; Reserva do Possível; Mínimo Existencial;

ABSTRACT

Fundamental rights are those rights recognized and affirmed in the sphere of constitutional law of a given State. The Federal Constitution of 1988 established health as a fundamental right with a double aspect: right and duty, with health being listed in articles 6 and 196 of the CF/88 as a right for all people and at the same time it is a duty that must be provided by the State. The objectives that guided this work were, therefore, to analyze health as a fundamental social right, presenting its legal and doctrinal foundations, as well as to analyze the right to health through the perspectives of the reserve theory of the possible and the theory of the existential minimum. Methodologically, the research took place under the qualitative method of data analysis, considering that a theoretical approach was made, through the reading of bibliographical works, doctrines and legislation. The research was also carried out on the analysis of court decisions of the Superior Courts that relate to the subject. In this sense, the first chapter dealt with human rights and fundamental rights, focusing on the analysis of the dimensions of fundamental rights and verifying historical aspects of the formation of the Democratic State of Law. In the second chapter, the right to health was analyzed and the theories of the reserve of the possible and the existential minimum were addressed. In the third chapter, general aspects of the public budget were addressed, decisions of higher Courts (Supreme Court and Superior Court of Justice), and the mitigation between the aforementioned theories was presented. It is concluded that the right to health, being a second-dimensional right, is a fundamental social right and for its realization it is necessary an effective state action regarding the implementation of economic and social policies. This time, in light of what was exposed in the theory of the reserve of the possible and in the theory of the existential minimum, it appears that it is necessary to mitigate the latter, in order to promote the dignity of the human person.

Keywords: Health. Reservation of Possible. Minimum Existential.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
2.1 Os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais.....	12
2.2 Dimensões Dos Direitos Fundamentais	17
2.3 O Estado de Direito e o Estado Social.	30
3 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL	39
3.1 O Direito à Saúde.....	39
3.2 Teoria da Reserva do Possível	50
3.3 Teoria do Mínimo Existencial	58
4 SAÚDE, ORÇAMENTO E DIGNIDADE HUMANA	67
4.1 Orçamento Público.....	67
4.2 Decisões dos Tribunais Superiores – STF e STJ.....	77
4.3 Mitigação entre as teorias.....	85
5 CONCLUSÕES	96
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

1 INTRODUÇÃO

A saúde é considerada um direito fundamental social de segunda dimensão, sendo que este direito para ser efetivado necessita de uma eficaz atuação estatal, no que tange ao implemento de políticas econômicas e sociais. Nesse contexto, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou a saúde como um direito fundamental tendo um duplo aspecto: direito e dever, sendo a saúde elencada nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 como um direito para todas as pessoas e ao mesmo tempo um dever para o Estado de prestar esse direito.

Atualmente, o conceito adotado mundialmente sobre a saúde, é o trazido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que define a saúde como: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” (OMS, 1946).

Ademais, a Lei 8.080/1990 também determina que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Nesse escopo, a legislação supracitada informa que o Estado tem o dever de garantir a saúde e isto consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças, devendo ter assim o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário das ações e serviços para a promoção e proteção do direito à saúde.

Apesar do direito à saúde ser assegurado constitucionalmente, observa-se que se debate atualmente a restrição orçamentária por parte dos poderes públicos, limitando-se a atuação do Estado no âmbito da efetivação de direitos sociais e fundamentais (saúde, educação, moradia, entre outros). A partir disso a chamada teoria da reserva do possível é invocada.

Em contrapartida, a teoria do mínimo existencial busca a garantia dos bens mais básicos e essenciais a uma vida digna, assim esta teoria está relacionada à realização e à efetivação dos direitos sociais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p. 10), de acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Ademais, segundo Nathalia Masson (2016, p. 316), a teoria da reserva do possível seria uma limitação jurídico-fática que poderia ser apresentada pelos Poderes Públicos em razão das restrições orçamentárias.

Daniel Sarmento (2016, p. 195) molda os fundamentos para reconhecimento do direito ao mínimo existencial, apoiando-se em aspectos instrumentais ou independentes. Assim, os fundamentos instrumentais apontam que o mínimo existencial deve ser assegurado para que algum outro princípio ou objetivo seja promovido, sendo que os princípios mais frequentemente invocados são a liberdade e a democracia. Já os fundamentos independentes postulam que o mínimo existencial deve ser garantido porque a sua denegação representa, em si, uma grave injustiça, independentemente dos efeitos que possa ter sobre outros valores. Diante disto, acrescenta-se também a importância da observância da dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, a Constituição de cada país, como documento de ordem superior, traz em seu conteúdo a Organização do Estado e matérias de grande relevância para a sociedade, levando-se em conta todo o contexto social que antecede a criação destas normas. Nesse contexto, a atual Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988 e ficou conhecida como "Constituição Cidadã". Ela adquiriu essa nomenclatura devido ao seu caráter protecionista, que assegura direitos essenciais aos cidadãos, limitando a atuação Estatal em face da sociedade.

Verifica-se a importância de se analisar os direitos humanos e os direitos fundamentais, observando também o contexto histórico, até o resultado da formação do atual Estado Democrático de Direito, observando quais as dimensões dos direitos fundamentais, quais os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna brasileira, bem como, nos capítulos seguintes, analisa-se sobre a atuação dos três Poderes, em especial o Poder Judiciário, na nova ordem constitucional e uma análise sobre o direito fundamental social à saúde frente à teoria da reserva do possível e mínimo existencial.

Analisa-se que pode haver falhas no dever estatal de prestar o serviço com relação à saúde de forma eficiente e de qualidade.

Os objetivos que nortearam o presente trabalho foram, portanto, analisar a saúde como um direito fundamental social, apresentando seus fundamentos legais e

doutrinários e analisar o direito à saúde através das perspectivas da teoria da reserva do possível e teoria do mínimo existencial.

Metodologicamente, a pesquisa ocorreu sob o método qualitativo de análise de dados, tendo em vista que foi feita uma abordagem teórica, através da leitura de obras bibliográficas, de doutrinas e legislações. A pesquisa também se deu sobre a análise de decisões judiciais dos Tribunais Superiores que se relacionam com a temática.

A escolha do presente tema justifica-se por ser um tema atual e abordado como base para diversos fóruns e discussões. Ademais, a discussão permeia-se entre os três poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo).

Nesse escopo, trata-se no primeiro capítulo desta obra sobre os direitos fundamentais, abordando a diferença entre direitos humanos e fundamentais, as Dimensões Dos Direitos Fundamentais e os aspectos históricos sobre o Estado de Direito e o Estado Social. Ato contínuo, no segundo capítulo é abordado o direito à saúde, com apresentação de conceitos e o desenvolvimento histórico para o conceito atual de “saúde” e a abordagem da teoria da reserva do possível e a teoria do mínimo existencial, já no terceiro capítulo, verificar-se a relação do orçamento público e direitos sociais, apresentando-se também decisões de Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) que refletem a temática, realizando uma análise da mitigação entre a reserva do possível e o mínimo existencial para promoção da dignidade da pessoa humana.

Assim, são nesses aspectos que se desenvolve esta obra.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais.

Analisar quais são os direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito é importante para se observar a evolução histórica desse Estado. Nesse sentido, a partir da ideia de que todo Estado deve possuir uma Constituição, avança-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais, afastando-se da visão opressora de antigos regimes.

Portanto, antes de adentrar a seara das dimensões dos Direitos Fundamentais é necessário desde já demonstrar a diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 29) considera que o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral, atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.

Ademais, o supracitado autor enfatiza que não se pode desconsiderar que, conforme a vertente histórica, os direitos humanos (reconhecidos na esfera internacional) e os direitos fundamentais (positivados no plano constitucional) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos antes concebidos como direitos naturais da pessoa humana, direitos estes que assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal.

Nessa perspectiva, concorda-se com as afirmações de Sarlet de que somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades

básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático de Direito), fatores estes que serão também analisados em capítulos seguintes.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 95), em sua obra referente ao Direito Constitucional apresentam, brevemente, a distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Nesse escopo, é sabido que, embora sejam expressões comumente utilizadas com significado idêntico, há uma distinção a ser demonstrada entre essas expressões.

Assim, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 95) a expressão direitos humanos reserva-se para as reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, possuindo assim índole filosófica e não têm como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. Portanto, a expressão direitos humanos também é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional.

Ademais, a expressão direitos fundamentais, ainda segundo os supracitados autores, é utilizada para designar os direitos relacionados às pessoas, inscritos em textos constitucionais de cada Estado. São assim direitos que vigoram numa determinada ordem jurídica, sendo por isso garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados enquanto cada Estado os estabelece.

Considerando o contexto, ainda se tratando sobre os direitos humanos, verifica-se que Horst Dippel (2007, p.02) apresenta em sua obra sobre a história do constitucionalismo moderno. Assim, para o supracitado autor, o surgimento do Constitucionalismo Moderno baseia-se através das seguintes Revoluções: as Revoluções Americana e Francesa e a Revolução de 1848.

Nesse cenário, Horst Dippel (2007, p. 09) considera que apesar da Declaração dos Direitos de Virgínia, datada em junho de 1776, não ter sido o primeiro documento constitucional da Revolução Americana, foi a que ganhou mais destaque devido à enumeração de direitos e princípios a favor do povo. A Declaração dos Direitos de Virgínia foi precedida pela Constituição de New Hampshire, de janeiro de 1776 e pela Constituição da Carolina do Sul de março de 1776.

Horst Dippel (2007, p. 10) considera que a importância da Declaração dos Direitos de Virgínia de 1776 reside no fato desta ter estabelecido o catálogo completo

dos traços essenciais do constitucionalismo moderno, características cuja natureza constitutiva é hoje tão válida quanto há cem anos.

Considerando o exposto, o autor (2007, p. 10) cita 10 (dez) traços do Constitucionalismo Moderno: a) soberania popular, b) princípios universais, c) direitos humanos, d) governo representativo, e) a constituição como direito supremo, f) separação dos poderes, g) governo limitado, h) responsabilidade e sindicabilidade do governo, i) imparcialidade e independência dos tribunais, j) o reconhecimento ao povo do direito de reformar o seu próprio governo e do poder de revisão da Constituição.

Diante disto, em sua análise Dippel (2007, p. 185) afirma que entre 1776 e 1849 foram oficialmente projetadas 78 (setenta e oito) Constituições nos Estados Unidos. Desse conjunto, 21 (vinte e uma) nunca foram postas em prática. Ademais, das 57 (cinquenta e sete) Constituições adotadas, 10% não continham nenhuma referência, ou ao menos um único direito humano, enquanto, das restantes 51 (cinquenta e uma) Constituições, 20% indicaram apenas um número bastante limitado de direitos, tendo sido as últimas Constituições a fazê-lo a de Luisiana, de 1845, e a de Nova Iorque, de 1846.

Assim, o discurso americano sobre direitos humanos produziram o seu primeiro documento constitucional com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776. Destarte, a Declaração de Direitos de Maryland de 14 de agosto de 1776 foi a segunda em importância. Diante disto, Dippel (2007, p.187) considera que a Declaração de Virgínia fez um apelo à soberania popular e à Declaração de Maryland acrescentou a perspectiva do direito do povo a governar a si próprio.

Exemplifica-se alguns dos direitos expostos na Declaração de Virgínia: soberania popular, separação dos poderes, defesa da propriedade, proibição de suspensão de leis sem o consentimento do legislativo, direitos do acusado em processos-crime, direitos de recusa da auto-incriminação, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, entre outros.

Exemplifica-se também alguns dos direitos expostos Declaração de Maryland: direito ao autogoverno, liberdade de expressão e de debates na assembleia legislativa, direito de petição, sanção proporcionada à natureza da infração, direito de reparação, proibição de declarar alguém culpado sem julgamento, independência dos juízes/administração imparcial da justiça, entre outros.

Ainda analisando as Constituições estaduais, de uma forma geral, Dippel

(2007, p. 188) afirma que os vários direitos declarados nas Constituições estaduais americanas podem ser divididos em três grupos: primeiro, sem afirmar nenhum direito específico, aquelas determinações que declaram 'primeiros princípios'; em segundo, direitos expressamente conferidos ao povo ou, mais precisamente, aos indivíduos, tal como direitos políticos, direitos que podem ser corretamente designados como direitos sociais, direitos econômicos e outros; em terceiro, proteção de direitos garantida passivamente aos indivíduos nos domínios político, econômico, social e jurídico.

Observa-se que a Constituição Federal dos Estados Unidos da América entrou em vigor em 1787. Ademais, as dez primeiras emendas da Constituição Federal, foram denominadas a Declaração dos Direitos, que entraram em vigor no dia 15 de dezembro de 1791. Assim, a Declaração dos Direitos protege as liberdades de expressão, de religião, de assembleia e de petição, bem como o direito de guardar e usar armas. Em contrapartida, verifica-se que já havia sido posta a Declaração de direitos do homem e do cidadão na França, em 1789. Mediante estes fatos, houve a constitucionalização dos direitos humanos.

Destarte, o autor (2007, p. 226) ainda destaca que o objetivo das Declarações de Direitos americana era, e continua a ser, diferente do da Declaração Francesa (1789), pois a maioria dos direitos declarados nos Estados Unidos dão ao indivíduo poder para propor ações judiciais sempre que sintam que os seus direitos estão sendo ameaçados ou foram infringidos, enquanto na França, asseguram a própria conduta do Estado consoante os princípios democráticos e a rule of law (ações do governo).

São nessas perspectivas que Dippel (2007, p. 232) demonstra em sua obra os traços essenciais do constitucionalismo moderno e faz a análise histórica a partir de perspectivas jurídico-constitucionais.

Assim, questiona-se: Nem todo direito humano é fundamental, porém, considera-se que alguns direitos fundamentais são sim, direito humanos? Considera-se esta premissa verdadeira, haja vista a análise dos direitos humanos pela abordagem internacional e a análise dos direitos fundamentais através da Constituição de uma nação.

Trazendo o resultado da reflexão para a contemporaneidade, verifica-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Destarte, Paulo Bonavides (2011, p. 573) lista documentos outroso

documentos do século XX que abordam sobre os direitos humanos:

Dentre outros documentos relativos a direitos humanos produzidos este século, merecem especial menção: a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, do Congresso Soviético Panrusso de 1918, convertido em Capítulo I da Constituição da República Soviética da Rússia, de 5 de julho de 1918; a Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, as Resoluções da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, os Pactos sobre Direitos Humanos das Nações Unidas, tais como o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 19 de dezembro de 1966; a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, a Carta Social Européia, de 18 de outubro de 1961, a Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 26 de novembro de 1969 e a Carta Africana de Banjul dos Direitos do Homem e dos Direitos dos Povos, de 27 de junho de 1981. (BONAVIDES, 2011, p. 573).

Para Norberto Bobbio (2004, p. 17), a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa a manifestação da prova através de um sistema de valores que pode ser considerado humanamente fundado e reconhecido, sendo assim, essa prova o consenso acerca de sua validade.

Nesse sentido, o autor informa que há três modos de fundar os valores, sendo estes: 1ª (primeiro) – deduzi-los de um dado objetivo constante, como, por exemplo, a natureza humana; 2ª (segundo) – considerá-las como verdade evidentes entre si mesmas, e, 3ª (terceira) – a descoberta de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos.

Assim, Norberto Bobbio (2004, p. 17), entre um aspecto de enaltecimento, afirma que a Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser acolhida como a maior prova de histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* (o consentimento de todos) sobre um determinado sistema de valores.

Além disso, Alexandre de Moraes (2017, p. 68) ressalta que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.

Assim, é nesse sentido que Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 394) volta suas reflexões à evolução da ideia de direitos da pessoa humana no âmbito do pensamento filosófico e político, ao passo que contempla a trajetória jurídico-positiva.

Verifica-se mais adiante, e de modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontrando suas raízes na filosofia clássica, especialmente no pensamento greco-romano e na tradição judaico-cristã.

É nesse sentido que o Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 394) contextualiza que do Antigo Testamento herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).

Na idade média relevância foi dada ao pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem e pelo direito.

Para Luís Roberto Barroso (2014, p. 68) é no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e estrangeira – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana.

Assim, como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral, quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.

2.2 Dimensões Dos Direitos Fundamentais

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 280), "direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados".

Nesse contexto, no Brasil, o Constituinte organizou os Direitos e Garantias Fundamentais em 05 "famílias" de Direitos, sendo: a) Individuais e Coletivos, b) Sociais, c) De Nacionalidade, d) Políticos, e) Dos Partidos Políticos (BRASIL, 1988). Esses Direitos e Garantias Fundamentais formam 05 capítulos do Título II da CF/88, dos artigos 5º ao 18º. Entretanto, para a CRFB/88 abranger todos esses direitos, verifica-se que o Brasil e a sociedade mundial passaram por transformações no

decorrer de sua história, chegando-se as conquistas atuais.

Para José J. Gomes Canotilho (2007), a positivação dos Direitos Fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo.

Observa-se que apesar do título II da CF/1988 ser intitulado “Direitos e Garantias Fundamentais”, o rol deste título não é taxativo, sendo que há direitos fundamentais elencados no decorrer de todo o texto constitucional, além, é claro, do pré-estabelecido no Título II da CF/88. Cita-se como exemplo o artigo 225, que trata do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este também considerado um Direito Fundamental. Ademais, acrescenta Pedro Lenza (2014, p. 1055) que:

(...) manifestou o STF, corroborando a doutrina mais atualizada, que os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art. 5.º da CF/88, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte (LENZA, 2014, p. 1055).

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 274) classifica os direitos fundamentais em 05 dimensões de direitos, demonstrando a sua evolução como sendo: (1) a primeira dimensão diz respeito aos direitos civis, políticos e às liberdades clássicas; (2) a segunda compreende os direitos econômicos, sociais e culturais; (3) a terceira está associada aos direitos a um meio ambiente equilibrado, uma qualidade de vida saudável, progresso, paz, autodeterminação dos povos, etc. ; (4) já os direitos da quarta estão ligados aos direitos decorrentes da engenharia genética, os direitos tecnológicos e da informação; (5) alguns autores admitem a existência de uma quinta dimensão de Direitos Fundamentais, relacionados por alguns autores com a paz e outros com o âmbito cibernético e da informação.

Destaca-se alguns documentos importantes ligados aos direitos de 1ª dimensão, como sendo: a Carta Magna de 1215 assinado pelo rei “João sem Terra”, Bill of Rights (1688) e as Declarações Americana (1776) e a Francesa (1789).

Ademais, documentos importantes que se relacionam com os direitos de 2ª dimensão são: a Constituição do México (1917), a Constituição de Weimar – Alemanha (1919), o Tratado de Versales (1919) e no Brasil, a Constituição de 1934.

Diante disto, pelo aspecto brasileiro, é interessante a análise da história das

constituições brasileiras, haja vista que a partir da Constituição de 1934 que se verificou a inclinação para uma verdadeira proteção aos direitos sociais.

Nesse sentido, Paulo Bonavides (2011, p. 361) cita que

Quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século. (BONAVIDES, p. 361)

Ao longo da história, já se teve 07 Constituições Brasileiras, sendo uma no Império (1824) e seis na República (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988).

Em linhas gerais, a Constituição de 1824 foi outorgada em 25 de março do citado ano e foi a Constituição que durou mais tempo no Brasil (65 anos), marcada pelo centralismo administrativo e político, tendo em vista a figura do Poder Moderador.

Surpreendentemente, alguns doutrinadores citam que a Constituição Imperial trazia um rico rol de direitos fundamentais, apesar de existir a escravidão no Brasil, à época. Com isto, cita-se Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 301) que registam:

Outra importante característica a ser registrada é a de que a despeito de ter sido outorgada, a Carta Imperial de 1824 contemplava um elenco significativo de direitos e garantias individuais, designadamente nos incisos do art. 179. Embora o foco nos direitos civis e políticos, típico do constitucionalismo liberal, o texto constitucional, a exemplo da fugaz experiência francesa, continha direitos sociais, como dão conta os exemplos do direito aos socorros públicos (assistência social em saúde), da instrução primária gratuita a todos os cidadãos, assim como dos colégios e universidades para o ensino das ciências, belas-arts e letras, respectivamente disciplinados nos incisos XXXI, XXXII e XXXIII do art. 179 do Título 8.º da Constituição Imperial. (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2019, p. 301)

Outras características da Constituição Imperial é que trazia o sufrágio restritivo econômico, por meio do pleito indireto e censitário, assim, mulheres, mendigos e pobres estavam excluídos da votação.

A Constituição de 1891 consagrou como sistema de governo o presidencialismo, a forma de Estado federal, abandonando o unitarismo e tendo como forma de governo republicano em substituição à monarquia. Foi uma Constituição

promulgada, adotando os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). No tocante às garantias constitucionais, na Constituição de 1891 houve a expressa previsão do *habeas corpus*, importante remédio constitucional.

A Constituição de 1934 evidenciou os direitos de 2ª dimensão e a consolidação no aspecto brasileiro de perspectiva de um Estado social de direito. Neste sentido, Paulo Bonavides (2011, p. 366) afirma:

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro. (BONAVIDES, 2011, p. 366)

Paulo Bonavides (2011, p. 368) ainda complementa:

O constitucionalismo dessa terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem- pessoa - não o homem-indivíduo - são os valores supremos. Tudo, porém, indissolivelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade. (BONAVIDES, 2011, p. 368)

Outros fatores importantes da Constituição de 1934 foram a constitucionalização do mandado de segurança e da ação popular e o voto feminino.

As turbulências da década de 1930 modularam a história do Brasil, devido principalmente às agitações ideológicas (fascismo, socialismo e comunismo), e concomitante com a crise econômica mundial. Diante disto, a Constituição de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas, dando início ao Estado Novo. Esta Constituição teve traços fortemente autoritários, conhecida como Polaca.

Além disso, a Constituição de 1937 apresentava um cunho fortemente estatizante e nacionalista, pois outorgava ao Estado a função precípua de coordenar a economia nacional. Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 312) citam que a Carta de 1937 efetuava a nacionalização de determinadas atividades econômicas, tendo como base jurídica o estipulado no art. 144, que se referia à nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia, assim como das

indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica, ou militar da Nação. Ademais, no que diz respeito aos direitos e garantias individuais, os supracitados autores citam que estes direitos deveriam ser exercidos nos limites do bem público, das necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como das exigências da segurança da Nação e do Estado.

Com a Constituição de 1946 houve a descentralização entre os Estados e municípios. Esta Constituição contemplava um rol de direitos e garantias. Assim, referente aos argumentos sobre a Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 314) citam que nesta constituição os direitos sociais foram objeto de proteção, especialmente no campo trabalhista, devido reafirmarem o direito de greve. Demais, no campo da garantia dos direitos individuais, os supracitados autores apontam a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da inafastabilidade do controle jurisdicional: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, § 4.º); e na ordem social e econômica foi estabelecido um plano de recuperação e especial proteção da região Amazônica e do Nordeste, especialmente pelos problemas socioeconômicos advindos dos períodos de secas, mediante a aplicação de percentuais do orçamento tributário da União.

Com o denominado “Golpe de 1964” e a vigência da Carta de 1967 houve uma diminuição da autonomia dos Estados, centralizando-se o poder no chefe do Executivo Federal. Assim, em tom de crítica Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 316) ao aprofundarem sobre a análise do texto constitucional de 1967 concluem que ao longo de todo o texto constitucional, evitou-se falar de democracia, sendo esta substituída pela expressão “regime representativo”. Ademais, verificaram haver uma exacerbação do poder centralizado na União e na figura do Presidente da República; a eleição indireta para a escolha do Presidente da República; a redução da autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais; a aprovação de leis por decurso de prazo, resquício do período autoritário do Estado Novo brasileiro; a prerrogativa do Presidente da República para expedir decretos-leis sobre segurança nacional e finanças públicas; e o recrudescimento do regime no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando, para fins de reforma agrária, a desapropriação mediante pagamento de indenização em títulos da dívida pública.

Além disso, com a decretação, em 13.12.1968, do Ato Institucional 5, verificou-se que o novo edito ditatorial previa, dentre outras questões, a possibilidade

de o Poder Executivo suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos em todas as esferas legislativas e de governo; a suspensão do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos; o afastamento da apreciação judicial dos atos praticados com base no ato institucional; e a competência do Executivo para legislar no período de recesso do legislativo, conforme criticado por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 316).

Por fim, e não menos importante, há a atual Constituição vigente, a Constituição de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”. Nesse sentido, Paulo Bonavides (2011, p. 371) considera que a Constituição de 1988 é uma Constituição do Estado Social.

Assim, a Constituição de 1988 ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais e foi a responsável pela redemocratização do país, ademais, acrescentou mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

O próprio Preâmbulo da Constituição de 1988 já informa:

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

Sobre a Constituição de 1988, Paulo Bonavides (2011, p. 373) comenta:

Por esse aspecto muito avançou o Estado social da Carta de 1988, com o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. O Estado social brasileiro é, portanto, de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante. (BONAVIDES, 2011, p. 373)

Destarte, observação interessante é a de que a Constituição brasileira de 1988 foi a primeira a separar a ordem econômica da ordem social.

Pedro Lenza (2014) considera que a Constituição de 1988 inovou, visto que passou a tratar a ordem social em título próprio, desvinculando-a da ordem econômica, que também recebe matérias sobre o sistema financeiro nacional (título VII). O supracitado autor comenta também que alguns temas da ordem social que eram assegurados nas Constituições anteriores, como direitos dos trabalhadores,

foram deslocados para o título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais (direitos sociais).

Ante todo o exposto, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 45) considera que os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados. Ademais, o mencionado autor verifica que desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação, identificando-se tal fato devido principalmente a mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais.

Assim, depois desta abordagem sobre o breve histórico das constituições brasileiras, aprofunda-se a abordagem para as características dos direitos fundamentais, haja vista que se verifica e se comprova, que diante de fatos históricos e das mudanças constitucionais, alguns direitos foram protegidos em uma constituição, não foram necessariamente protegidos em outra.

Há marcos fundamentais que destacam o surgimento do neoconstitucionalismo. Segundo Luís Roberto Barroso (2014, p. 63), esses marcos são o marco histórico, com a formação do Estado Constitucional de Direito, o marco filosófico, com a centralidade dos direitos fundamentais e do pós-positivismo e o marco teórico, com a expansão jurisdicional da constituição, além da nova dogmática da interpretação constitucional.

Do ponto de vista histórico, observa-se que foi através das Constituições pós-guerra que o neoconstitucionalismo começou a florescer, assim o neoconstitucionalismo, também denominado constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo começou a surgir a partir do século XXI.

Para Pedro Lenza (2014) o “constitucionalismo do futuro” deverá consolidar os chamados direitos humanos de terceira dimensão, incorporando à ideia de constitucionalismo social os valores do constitucionalismo fraternal e de solidariedade, buscando-se avançar e estabelecer um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo.

Assim, para o supracitado autor (2014, p. 73), com o Neoconstitucionalismo supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. Verifica-se que este passou a ser o desafio do neoconstitucionalismo, pois a partir do momento que os

valores são constitucionalizados, deve-se encontrar mecanismos para a sua efetiva concretização.

Para Alvaro Luis Ciarlini (2013) o surgimento do *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social, representa uma síntese das expectativas sedimentadas nas estruturas sociopolíticas do Estado Social e dos princípios liberais que se afirmaram no Ocidente a partir do término da Segunda Guerra Mundial.

Nesse sentido, considera-se que o atual Estado Democrático de Direito se refere a um Estado em que busca respeitar, e de certa forma concretizar, os Direitos Humanos e as garantias fundamentais. Assim, com o advento também do *Welfare State*, busca-se um estado atuante em que proporciona uma igualdade material e uma justiça distributiva.

Alvaro Luis Ciarlini (2013) afirma que o objetivo do *Welfare State* é o de que todos os indivíduos tenham o direito a um conjunto de bens e serviços fornecidos direta ou indiretamente pelo Estado, nessa perspectiva, esses direitos englobariam itens como a cobertura dos serviços de saúde, educação, segurança, entre outros fatores.

Relacionando isto com o Neoconstitucionalismo, Angélica Carlini (2014, p. 111) considera este como o fenômeno da superação da validade meramente formal do Direito que avança para compreender o âmbito da efetividade tendo a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial a ser buscado.

Nesse contexto, a supracitada autora (2014, p.111) considera que, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, iniciou-se o debate em torno da efetividade das normas constitucionais trazendo para o centro do interesse dos juristas questões como o neoconstitucionalismo, a força dos princípios, em destaque para o conceito da reserva do possível, do mínimo ético exigível e o direito ao mínimo existencial.

Assim, o universo jurídico brasileiro passou de “meras normas programáticas”, que muitas vezes não se materializavam porque demonstravam programas a serem cumpridos apenas “quando e se possível”, para agora se observar a aplicação imediata da Constituição Federal, seja por sentença judicial ou de forma administrativa, para que assim se contribua para efetivar a dignidade da pessoa humana.

Destarte, os direitos fundamentais tem características próprias e qualidades

que lhe são associados, como por exemplo: a universalidade, historicidade, indivisibilidade, imprescritibilidade, efetividade, relatividade, inviolabilidade e interdependência.

Paulo Bonavides (2011, p. 375) considera que os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas.

Nesse contexto, verifica-se que doutrinadores como Nathalia Masson (2016, p. 201), Alexandre de Moraes (2018, p. 68) e Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2018, p. 96) citam as principais características dos direitos fundamentais como sendo: a) universalidade: aponta a existência de um núcleo mínimo de direitos que deve estar presente em todo lugar e para todas as pessoas. b) Historicidade: Os direitos fundamentais apresentam-se como um corpo de benesses e prerrogativas que somente faz sentido se contextualizado num determinado período histórico. c) Indivisibilidade: Os direitos fundamentais formam um sistema harmônico, coerente e indissociável, o que importa na impossibilidade de compartimentalização dos mesmos, seja na tarefa interpretativa, seja na de aplicação às circunstâncias concretas. d) Imprescritibilidade/Inalienabilidade: Direitos fundamentais não são passíveis de alienação, deles não se pode dispor, tampouco prescrevem. Inalienabilidade é característica que exclui quaisquer atos de disposição, quer material - destruição física do bem -, quer jurídica - renúncia, compra e venda ou doação. e) Relatividade: O exercício dos direitos individuais, não raro, acarreta conflitos com outros direitos constitucionalmente resguardados, dada a circunstância de nenhum direito ser absoluto ou prevalecer perante os demais em abstrato. f) Inviolabilidade: esta característica confirma a impossibilidade de desrespeito aos direitos fundamentais por determinação ou por atos de autoridade, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal. g) Complementariedade: Direitos Fundamentais não são aplicados isoladamente, de maneira isolada, contrário, devem ser conjulgados, reconhecendo-se que compõe um sistema único – pensado pelo legislador no intuito de oportunizar a máxima proteção ao valor “dignidade da pessoa humana”. h) efetividade: a atuação dos Poderes Públicos deve se pautar sempre na necessidade de se efetivar os direitos e garantia institucionalizados, inclusive por meio da utilização de mecanismos coercitivos, se for necessário. i) interdependência: as previsões constitucionais que se traduzem em direitos fundamentais possuem interseção/ligações intrínsecas, com intuito óbito de intensificar a proteção de egrenada

pelo critério internacionais.

Ademais, a doutrina brasileira ainda classifica os direitos fundamentais em subjetivos e objetivos.

Para Nathalia Masson (2016, p. 202), enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a prerrogativa de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados, enquanto que os direitos fundamentais no âmbito objetivo, formam a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático de direito. Nesse sentido, considera-se que inserção expressa no ordenamento jurídico dos direitos e garantias fundamentais no plano constitucional, abriu espaço para debates sobre a dignidade da pessoa humana e sobre a efetivação de políticas inseridas no texto constitucional em prol da população.

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 70), ainda informa que:

Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ter ela sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou - em maior ou menor escala - a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais (SARLET, 2015, p. 70).

Com relação à nomenclatura, observa-se que alguns doutrinadores utilizam a expressão “dimensões” e outros “gerações” de direitos fundamentais. Pedro Lenza (2014) explica a linear e sutil diferença, entendendo que uma nova dimensão não abandonaria as conquistas da dimensão anterior e assim esta expressão se mostraria mais adequada.

De fato, a expressão dimensão dos direitos fundamentais demonstra-se *latu sensu* como algo que ao longo da história há direitos já conquistados que foram se somando a outros, e de acordo com cada marco histórico, é considerado um somatório de direitos conquistados. Já a expressão geração de Direitos Fundamentais, demonstra-se como um certo “início e fim” para cada lista de direitos conquistados, pois com o surgimento de uma nova geração, entende-se que a geração anterior já está velha e antiquada. Dito isto, a expressão dimensão de direitos fundamentais se encaixa melhor para a demonstração dos direitos fundamentais conquistados no

decorrer dos séculos.

Por esta perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 45) também afirma:

[...] é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição essa que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. (SARLET, 2018, p. 45).

Logo, utilizando a expressão Dimensões Dos Direitos Fundamentais, verifica-se que os os direitos fundamentais da primeira dimensão são apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção de atuação por parte dos poderes públicos, citando-se como exemplo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 47) considera que os direitos de primeira dimensão são “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Com o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos fora-se criando um anseio social para sua atuação perante a sociedade, ou seja, uma obrigação de fazer. Assim, os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos de segunda dimensão. Caracterizam - se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos às prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, conforme expressão utilizada por Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 47).

Nesse contexto, Oliveira e Silva (2020, posição 298) citam que se destacam na segunda dimensão de direitos: As Constituições Francesas (1793-1848), a Brasileira (1824) e a Alemã (1849 – que não vigorou efetivamente). Assim, nas Constituições dessa dimensão, os direitos fundamentais-sociais que ganham repercussão são: as prestações de assistência social, a saúde, a educação, o trabalho, entre outros.

Ademais, diante da dinâmica dos direitos sociais, Luís Roberto Barroso (2007, p. 06) cita que:

“(...) comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandariam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Esses direitos, também referidos como prestacionais, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde. É certo, todavia, que já não prevalece hoje a idéia de que os direitos liberais – como os políticos e individuais – realizem-se por mera abstenção do Estado, com um simples *non facere*. Pelo contrário, produziu-se já razoável consenso de que também eles consomem recursos públicos.” (BARROSO, 2007, p. 06)

Referente aos direitos fundamentais de terceira dimensão, estes respaldam-se em aspectos da solidariedade e fraternidade, Nessa esteira, Paulo Bonavides (2011, p. 569) cita o que se segue:

[...] os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2011, p. 569).

Diante do questionamento sobre a existência de mais dimensões de direitos fundamentais, haja vista a doutrina majoritária já consolidar as três dimensões já citadas, verifica-se a existência da quarta dimensão de direitos fundamentais, sendo esta dimensão envolvida por críticas coerentes tecidas por Paulo Bonavides (2011, p. 571) envolvendo a globalização política pelo aspecto neoliberal, haja vista o autor considerar que a “globalização política pelo aspecto neoliberal” caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores e é perceptível um desígnio de perpetuidade do *status quo* de dominação, fazendo-se parte da estratégia de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente.

Em contrapartida a isto, Paulo Bonavides (2011, p. 571) cita outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. Assim, para o supracitado autor, globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Com isto, a globalização política na esfera da normatividade

jurídica introduz os direitos da quarta geração que, para o autor, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

Nesse sentido, os direitos da quarta dimensão são os referentes à democracia, à informação e ao pluralismo. Pelas considerações e a importância dada, desses direitos há a dependência para a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Disto isto, verifica-se que Paulo Bonavides (2011, p. 571) considera que a democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta, sendo isso materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema.

Ante todo o exposto, identificou-se que para Paulo Bonavides (2011, p. 572) a globalização política reside na concretização dos direitos diante de suas dimensões. Nesse escopo, seguem as palavras do autor:

[...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política.

Com relação às dimensões dos direitos fundamentais, segundo Maurício Calda Lopes (2010), como direito social, a saúde é um direito de segunda dimensão, sendo que para ser efetivada necessita de uma eficaz atuação estatal, no que tange ao implemento de políticas econômicas e sociais.

Nos termos do artigo 5º, §1º da CF/88 as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, nesse sentido, Márcio de Almeida Farias (2017, p. 14) considera que as normas constitucionais dos artigos 6º e 196 da CF/88, que tratam sobre a saúde, são normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, podendo o indivíduo exigir do Poder Judiciário sua implementação, inclusive, mediante acesso ao Judiciário.

Nesse escopo, para Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 384):

A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso

direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2018, p. 384).

Nesse contexto, é interessante a visão de Stephen Holmes e Cass R. Sustein (2019) que afirmam que os direitos dependem do governo, ou seja, do Estado, deve-se acrescentar uma consequência lógica rica em implicações: os direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento público e apoio público. Ainda afirmam que os direitos jurídicos são garantidos através de um sistema judiciário operante e dotado de recursos financeiros suficientes. Assim, “na prática, os direitos só deixam de ser meras declarações quando estas conferem poder a organismos cujas declarações sejam juridicamente vinculantes”.

Nesse compasso, os autores supracitados também afirmam que quase todos os direitos – a título de exemplo o direito à saúde - implicam deveres correlativos e esses deveres só terão seriedade quando seu descumprimento for punido pelo poder público mediante recurso à fazenda pública. Nesse sentido todos os direitos custariam caro, porque todos eles pressupõem que o contribuinte financie um mecanismo eficiente de supervisão que monitore o exercício dos direitos e o imponha quando necessário.

Isso nos remete a várias reflexões sobre a temática do custo dos direitos, especificamente sobre o direito à saúde, reflexões estas que serão abordadas nos próximos capítulos.

Porquanto, é possível afirma que o direito à saúde é um direito fundamental de segunda dimensão, diante do seu aspecto como direito social.

2.3 O Estado de Direito e o Estado Social.

Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2005) analisam através do pensamento de Jean-Jacques Rousseau que o contrato social é a vontade geral, o interesse comum é o consentimento da maioria, sendo que “a justiça está no pacto” porque o contrato aparece como uma forma de proteção e de garantia de liberdade destinando-se à realização de uma utilidade geral.

Assim, trazendo esses aspectos para a atual contemporaneidade dos Estados Democráticos de Direito, observa-se que a democracia direta supõe a participação de todo o povo na hora de decidir. A democracia representativa supõe a escolha de pessoas para agirem em nome de toda a população no processo de gerenciamento das atividades comuns do Estado.

Nesse contexto, observa-se que o direito natural (teoria naturalista) defende a formação espontânea do Estado e os contratualistas acreditam na formação do Estado a partir de um consenso, de um contrato social.

As teorias contratualistas foram desenvolvidas no século XVII, assim observa-se que trazem a figura do Estado como uma organização política mais estruturada, ainda que com poder centralizado na figura do Rei, observando-se isso no período absolutista que se iniciou como fim do feudalismo. Fato notório observado na teoria contratualista de Thomas Hobbes.

Em contrapartida, o Estado Liberal de Direito surgiu contra a monarquia absolutista, tendo como marco histórico a Revolução Francesa objetivando impor uma nova ordem política, onde o ator era o indivíduo. Assim, o Estado de Direito surgiu em meados dos séculos XVII e XVIII no âmbito das revoluções que provocaram mudanças na organização política das sociedades inglesa e francesa que buscavam o declínio do governo absolutista. Nesse contexto, com a queda do governo absolutista a Inglaterra implantou o parlamentarismo (o sistema governamental era representado pelos monarcas, mas o corpo de leis que regula o governo era estabelecido pelo Poder Legislativo) e a França opta pelo modelo republicano, baseado no cumprimento das normas do Direito estabelecidas pela Constituição.

A análise de momentos históricos é considerada importante para citação, justamente pelas influências das mudanças que ocorreram na sociedade, a saber, a Revolução Industrial, em suas três etapas, ou seja, a Primeira etapa da Revolução Industrial ocorreu na Inglaterra, entre o século XVIII e XIX, com o aparecimento das indústrias de tecidos de algodão e as máquinas a vapor, sendo este um precursor do capitalismo, principalmente com relação ao capitalismo comercial para o capitalismo industrial.

A Segunda Etapa da Revolução Industrial ocorreu no período de 1860 a 1900, em países como Alemanha, França, Rússia e Itália que também se industrializaram utilizando o emprego do aço, a utilização da energia elétrica e dos combustíveis

derivados do petróleo. Além disto, há também a Terceira Etapa da Revolução Industrial, analisada através dos avanços tecnológicos do século XX e XXI, como o computador, a utilização da internet, celular, e demais inovações tecnológicas que facilitaram a vida da sociedade.

Ademais, cita-se as Duas Guerras Mundiais (1º Guerra Mundial: ocorreu entre os anos de 1914 a 1918 e a 2º Guerra Mundial que ocorreu 1939 a 1945).

Desencadeou-se que, após a Primeira Guerra Mundial ocorreu a “Crise de 1929”, também conhecida como “A Grande Depressão”. Assim, em virtude do rápido crescimento da economia americana após a guerra houve uma euforia econômica refletida na população a partir de um consumismo acelerado. A expansão do crédito que acontecia nos Estados Unidos, sem nenhuma categoria de regulação ou intervenção estatal resultou falso cenário de prosperidade financeira e a superprodução resultaram na quebra da economia americana, pois esse aumento na produção não foi acompanhado pelos aumentos salariais, ou seja, os salários permaneceram estagnados, ocasionando em uma bolha de falsa prosperidade.

Nesse cenário, surgiu o *New Deal* como forma de plano Econômico. Esse plano econômico abriu portas para que o Estado tivesse participação direta na economia nacional. Foi assim inserido uma série de programas implementados nos Estados Unidos entre os anos de 1933 e 1937, sob o governo do presidente Franklin Delano Roosevelt, para recuperar e reformar a economia norte-americana, além de auxiliar os prejudicados pela Grande Depressão.

As principais medidas do *New Deal* foram o controle das instituições financeiras, realização de obras de infraestrutura, criação de créditos agrícolas, incentivo à organização sindical e a criação de mecanismos de proteção social.

Outro momento patente de intervenção estatal ocorreu através do sistema de *Bretton Woods*. Nesse contexto, Ricardo Lodi Ribeiro (2019, p. 57) cita que as três primeiras décadas pós Segunda Guerra Mundial (1945) foram marcadas pelo compromisso Bretton Woods, assim, os políticos americanos, britânicos e de outras nações se aliaram para projetarem o novo cenário econômico pós segunda guerra.

Assim, segundo Ricardo Lodi Ribeiro (2019, p. 57):

O regime Bretton Woods orientou os governos a se concentrarem nas necessidades sociais e de emprego nacionais, enquanto aguardavam que o comércio global se recuperasse e prosperasse. O sucesso do sistema se deu devido a combinação de medidas, como a remoção de restrições ao fluxo comercial e a liberdade para que os governos

executassem suas próprias políticas econômicas independente, erguendo sua própria versão do Estado Social. (RIBEIRO, 2019, p. 57)

Entende-se que com o Estado de Direito busca-se a não intervenção do Estado na economia e a não intervenção do Estado, diretamente, no modo de vida das pessoas, limitando-se a solucionar os conflitos e a organizar a verba estatal e aplicá-la nas obras públicas. Tendo assim, uma forte inspiração com a burguesia e o liberalismo econômico.

Ocorre que em razão dos problemas sociais, principalmente os narrados que ocorreram no século XX, os economistas passaram a rever o liberalismo econômico, que fundamentava o Estado de Direito. Cita-se então o economista inglês John Maynard Keynes que criou a teoria que ficou conhecida como keynesianismo ou social-democracia.

Nesse escopo, segundo Tarcísio Filho, Davi Lelis e outros (2015):

O grande mérito de Keynes foi o de ter compreendido que tinha falhado aquele pressuposto, que justificava a tese de que o estado deveria considerar-se uma instância *separada da sociedade e da economia*. E o de ter compreendido que, nestas condições, se impunha a necessidade de confiar ao estado (ao estado capitalista) novas funções, no *plano da economia e no plano social*. Nestes termos, creio ser correto defender que a emergência do *estado social* significou uma diferente representação *do estado e do direito*, aos quais se comete agora a missão de realizar a 'justiça social', proporcionando a todos as condições de uma vida digna, capaz de assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um.

Ricardo Lodi Ribeiro (2019, p. 66) ainda complementa informando que:

Se no Estado Liberal o seguro era limitado à proteção dos negócios privados, no Estado Social evolui para a ideia de seguridade social, a prevenir os riscos advindo da doença, da velhice, do desemprego etc.

[...] O Estado Social serve de pano de fundo para a doção das ideias keynesianas que tornaram amplamente aceitas durante a década de 1930, então, dominaram as decisões econômicas americanas por várias décadas. [...] O pensamento de Keynes sempre se desenvolveu como uma forma de proteger a liberdade individual, seno a intervenção estatal, em momentos de crise, a melhor forma de salvaguardá-la. (RIBEIRO, 2019, p. 66).

Assim, devido o momento e contexto histórico, o Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*) emergiu para estabilização da própria sociedade.

Diante disto, verifica-se que quando ocorre alguma crise ligada à lei e à visão

liberal como mecanismo de regulação social, surgiu então o Estado Democrático de Direito, onde o Estado mínimo deixaria de existir, e o *Welfare State* se enalteceria primando pela justiça social.

Entende-se então que o Estado Democrático de Direito é formado pela relação entre o Estado de Direito e o Estado Social.

Diante disto, José Afonso da Silva (2005) informa que:

O Estado democrático de Direito concilia Estado democrático e Estado de Direito, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado. Revela, em verdade, um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do status quo.

Nesse contexto, segundo Rafael Schincariol (2008), a união entre democracia e direito reflete a necessidade da presença das conquistas democráticas, das garantias jurídico-legais e a preocupação social, tendo como principal objetivo a transformação da realidade, onde a legitimação democrática é o elemento que faltava ao poder.

Considera-se que o Estado Democrático de Direito refere-se a um Estado em que busca respeitar, e de certa forma concretizar, os Direitos Humanos e as garantias fundamentais. Assim, com o advento também do *Welfare State*, busca-se um estado atuante em que proporciona uma igualdade material e uma justiça distributiva.

Destarte, John Rawls informa sobre o surgimento e a importância do Estado que com o estado original os homens tomam a decisão de escolher os princípios da justiça, estando impedidos de saber para quem esses princípios servirão. Nesse sentido, observa-se que a teoria da justiça como equidade desenvolvida por John Rawls pode ser considerada como uma das bases para o atual Estado Democrático, devido o fundamento da teoria da equidade serem os princípios da liberdade e igualdade, princípios estes que regem a sociedade.

Para Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2005), a proposta de John Rawls é re-fundar a sociedade com base na avaliação do momento decisório ou na aderência do pacto social, e o equilíbrio entre os dois princípios (liberdade e igualdade) iria produzir o bom equilíbrio das instituições sociais.

Rudolf Von Ihering expõe na obra *A luta pelo Direito* suas ideias sobre a ciência do Direito e seu papel na sociedade. Observa-se que embora seja uma obra

do ano de 1872, as palavras do autor são associadas à contemporaneidade, pois busca demonstrar que as grandes conquistas da sociedade foram atingidas por lutas, relacionando o Direito, a Justiça e a Lei e que a defesa do direito do indivíduo é a defesa do direito da sociedade. Assim, Rudolf Von Ihering (2009) afirma que:

A defesa do direito é um dever para com a sociedade: [sic.] Para justificar essa proposição sou obrigado a examinar um pouco mais de perto a relação do direito no sentido objetivo com o direito no sentido subjetivo. Em que consiste essa relação? Creio reproduzir fielmente a ideia corrente dizendo: em que o primeiro forma a condição do segundo; não existe direito concreto senão onde existirem condições pelas quais a regra jurídica abstrata consolida a existência desse direito (IHERING, 2009, p. 61).

Assim, a organização e a estrutura do Estado podem ser analisadas sob três aspectos, que são: forma de governo (República ou Monarquia), sistema de governo (presidencialista ou parlamentarista) e forma de Estado (Estado unitário ou Federação).

Neste cenário, observa-se que o Brasil adotou para governo, a forma republicana, opta como sistema de governo, o sistema presidencialista e escolhe como modelo de Estado, a forma federativa. Assim, a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, para José J. Gomes Canotilho (2007):

O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, de ver um **Estado de direito democrático** [sic.]. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático* (CANOTILHO, 2007, p. 93).

Os princípios fundamentais encontram-se na CF/88 em seu título I, artigos 1º ao 4º. Pela leitura dos dispositivos legais conclui-se que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

Pedro Lenza (2014) corrobora informando que a previsão legal desse regime é reforçada pelo princípio democrático que marcou o texto constitucional de 1988 e pela cláusula contida no parágrafo único do artigo 1º, ao dispor que todo poder emana do povo, que o exerce através de representantes eleitos direta ou indiretamente, nos termos da própria Constituição Federal de 1988.

Pela realidade brasileira, pelo seu texto constitucional e pelas demais legislações esparsas, considera-se que o Brasil é sim um Estado de Bem Estar Social.

Entretanto, há o questionamento de que o Estado de Bem Estar Social está apenas relacionado com a influência do Estado na economia, ou mesmo com a possibilidade abrangente de algumas garantias institucionais para garantia de direitos. Questionamento respondido através do exposto apresentado sobre o Estado Democrático de Direito.

Ademais, para complementação dessa análise e percepção o autor Esping-Andersen (1990), em sua obra *The Three Worlds of Welfare Capitalism* nos auxilia informando que:

[...] o foco nos gastos pode ser enganoso. Os gastos são epifenomenais em relação à substância teórica dos welfare states. Além disso, a abordagem quantitativa linear (mais ou menos poder, democracia ou despesas) contradiz a noção sociológica de que o poder, a democracia ou o bem-estar social são fenômenos relacionais e estruturais. Ao classificar os welfare state de acordo com os gastos, estamos supondo que todos eles contam igualmente. Mas alguns welfare states, o austríaco, por exemplo, destina uma grande parte dos gastos a benefícios usufruídos por funcionários públicos privilegiados. Em geral, não é isso que consideraríamos um compromisso com a solidariedade e cidadania social. Outros gastam desproporcionalmente com assistência social aos pobres. Poucos analistas contemporâneos concordariam em que uma tradição reformista de ajuda aos pobres qualifica um welfare state. Algumas nações gastam somas enormes em benefícios fiscais sob a forma de privilégios tributários a planos privados de previdência que favorecem principalmente as classes médias. Mas essas despesas tributárias não aparecem na contabilidade. Na Grã-Bretanha, a despesa social total aumentou durante o período do governo Thatcher, mas trata-se quase que exclusivamente de um aumento ocorrido em função de uma taxa muito elevada de desemprego. Gastos baixos em certos programas podem indicar um welfare state comprometido mais seriamente com o pleno emprego.

Nesse escopo, Esping-Andersen (1990) conceitua o *Welfare State* da seguinte maneira:

a cidadania social constitui a ideia fundamental de um welfare state. Mas o conceito precisa ser bem especificado. Antes de tudo, deve envolver a garantia de direitos sociais. [...] O welfare state não pode ser compreendido apenas em termos de direitos e garantias. Também precisamos considerar de que forma as atividades estatais se entrelaçam com o papel do mercado e da família em termos de provisão social. Estes são os três princípios mais importantes que precisam ser elaborados antes de qualquer especificação teórica do welfare state.

Assim, pelo questionamento proposto, identifica-se que o Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*) se entrelaça entre as atividades estatais, o papel do mercado e a família (sociedade), devendo-se buscar as garantias dos direitos sociais.

Nesse escopo, o supracitado autor ainda considera que:

“[...] os economistas políticos clássicos deixaram claro porque as instituições democráticas deveriam influenciar o desenvolvimento do Welfare State. Os liberais temiam que a democracia plena compromettesse os mercados e instaurasse o socialismo. [...] A abordagem institucional insiste em que todo esforço para isolar a economia das instituições sociais e políticas destruirá a sociedade humana. Para sobreviver, a economia tem de incrustar-se nas comunidades sociais. Desse modo, Polanyi vê a política social como pré-condição necessária para a reintegração econômica”.

Na realidade brasileira, a atual Constituição Republicana Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988 e ficou conhecida como "Constituição Cidadã". Ela adquiriu essa nomenclatura devido ao seu caráter protecionista, que assegura direitos essenciais aos cidadãos, limitando a atuação Estatal em face da sociedade.

Para José Afonso da Silva (2005), a Constituição de 1988 evidencia-se por suas inovações, principalmente pelo status jurídico de cláusulas pétreas que confere às garantias fundamentais, sendo imutáveis e incontestáveis enquanto estiver em vigor a referida Carta Superior.

Ademais, Francisco Meton (2015) considera que o trabalho é a porta de entrada tanto da Ordem Econômica e Financeira (artigo 170, CF) como da Ordem Social (artigo 193, CF). Diante disto, há o princípio da progressão social, princípio este que “[...] significa marcha para frente, avanço, movimento para a perfeição. Progressão social adjudica a melhoria do IDH da população, a vontade constante e perpétua de conseguir avanço intelectual, material e social das pessoas, enfim, melhor qualidade de vida”.

Por essa dinâmica envolvendo aspectos econômicos e sociais e atualmente o fenômeno denominado de neoliberalismo, verifica-se que Ricardo Lodi Ribeiro (2019, p. 58) considera que:

“A crise econômica, que acabou de atingir o Estado Social, abriu caminho para a ascensão do neoliberalismo, com triunfos de Margaret Thatcher no Reino Unido, em 1979, e de Ronald Reagan nos EUA, em 1980, o que levou a substituição, nas décadas de 1980 a 1990, do

modelo Bretton Woods por uma agenda mais ambiciosa da liberalização econômica, mobilidade de capitais e profunda integração em um esforço para estabelecer o que Dani Rodrik chamou de hiperglobalização". (RIBEIRO, 2019 p. 58).

Assim, apesar o Estado Social ainda estar vigente no cenário brasileiro, pelo parâmetro mundial, verifica-se que a partir dos anos de 1970, este Estado de Bem Estar Social começou a entrar em crise, com o desemprego e a estagnação.

Nesse contexto, Domenico de Masi (2003) em sua análise na obra *A Sociedade Pós-Industrial* afirma que:

A receita fiscal de vários países começou a cair, em virtude do desaquecimento da atividade econômica enquanto os gastos sociais disparavam ainda embalados pelos crescimentos dos anos anteriores o que elevou as expectativas do cidadão em relação ao Estado.

Assim, com a crise econômica, as empresas viram seu lucro ser comprimido e a inflação subiu, o que muito contribuiu para o desmoronamento das bases de acordo social democrata do pós-guerra.

Sendo assim, atualmente muito se questionada sobre a atuação do Estado frente a economia a principalmente frente as políticas sociais, com destaque, o questionamento sobre a garantia do direito à saúde frente as políticas neoliberais.

Diante disto, Ricardo Lodi Ribeiro (2019, p. 73) ressalta novamente:

Nesse contexto, os conservadores britânicos voltam ao poder com Margaret Thatcher, em 1970, e os republicanos norte-americanos com Ronald Reagan, em 1981. [...]. Houve uma verdadeira revolução conservadora que acabou por realocar os interesses do mercado no centro, a ação social a partir a desregulamentação, das privatizações e do combate à progressividade tributária, no que se convencionou chamar de Neoliberalismo. (RIBEIRO, 2019 p. 73).

Pelo exposto, houve a ascensão do Estado Liberal do Direito e devido às necessidades econômicas, políticas e sociais a inclinação para o Estado Social (Estado Democrático de Direito).

Entretanto, até mesmo o Estado Social está tendo seus momentos de crise. Assim, verificou-se em um certo parâmetro, a própria necessidade da sociedade é uma forma reguladora do grau de intervenções do Estado diante desses sistemas econômicos e sociais e em outro aspecto, a sociedade é que sofre as consequências dos ditames dessas mudanças.

3 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

3.1 O Direito à Saúde

Atualmente, o conceito adotado mundialmente sobre a saúde, é o conceito trazido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) definindo-a como: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” (OMS, 1946).

Contudo, é sabido que ao longo da construção social e histórica, saiu-se do conceito simples saúde como “ausência de doença” para um conceito mais amplo, envolvendo questões biológicas, comportamental, social, ambiental, política e econômica.

Nessa esteira, Daniel Carlos Neto (2018, p. 06) também verifica que a concepção do que é saúde sofreu diversas modificações até se chegar ao atual conceito mais adotado que é o conceito da Organização Mundial da Saúde.

O ideal é buscar-se a promoção da saúde que se baseia no direito humano fundamental visando permitir aumentar o controle sobre sua saúde e seus determinantes, sendo que a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança.

Verifica-se que como direito social, a saúde é um direito de segunda dimensão, sendo que para ele ser efetivado necessita de uma eficaz atuação estatal, no que tange ao implemento de políticas econômicas e sociais.

Oliveira e Silva (2020, posição 217) também consideram que a saúde é um direito fundamental, inerente à condição humana. Sem ela não há vida digna.

Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, posição 1844), ao verificar e analisar seu panorama inicial de saúde, considera ser possível inferir-se, em relação ao direito à saúde, características individuais e coletivas. Nesse contexto, para o autor, enquanto direito individual, o Direito Fundamental à saúde tem como ícone a liberdade em sua significação mais ampla, ou seja, todos devem ter liberdade para eleger como irão interagir com o meio ambiente, qual o modelo de cidade, território, clima e modo de vida serão escolhidos para viver, que trabalho irão desempenhar, quais as opções alimentares e, quando enfermos, qual o recurso médico-sanitário que procurarão, a espécie de tratamento a que se submeterão entre outros.

Pelas características coletivas, no que pertine aos aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade, a universalidade, princípios consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro seja na Constituição Federal, seja na legislação específica, notadamente na Lei nº 8.080/90, lei de instituição do Sistema Único de Saúde, para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade.

Analisar o direito à saúde é algo complexo. Nessa esteira, Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, posição 1853) considera que para garantir-se os inúmeros bens e serviços relativos à saúde, com níveis de razoabilidade a todos que deles necessitem, segundo os princípios da igualdade e universalidade, a saúde depende também da configuração econômica e social do Estado com capacidade para implementar medidas de promoção, proteção e recuperação da saúde da população, expressando os níveis de saúde da população a organização social e econômica do país. Assim, deve-se considerar a opção política do Estado em relação às políticas públicas.

Destarte, fundamentando o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana, cita-se também artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que ora fora proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948:

Artigo 1 - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 25 - Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, 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 em circunstâncias fora de seu controle.

Verifica-se que a história da saúde pública no mundo está diretamente ligada às situações políticas e econômicas que delineou a trajetória da saúde, as suas necessidades de reformulações e estabelecimento de metas ousadas para a garantia desta como direito fundamental ao ser humano. Assim, concorda-se com a percepção de Daniel Carlos Neto (2018, p. 13) que considera que a construção de uma saúde pública eficiente ainda é um desafio em quase todo o mundo, assim como a superação de outras violações aos direitos humanos.

Há uma relação entre o desenvolvimento do capitalismo e o surgimento das fábricas e o crescimento das cidades, haja vista estes fatores terem gerado empregos exaustivos e para Daniel Carlos Neto (2018, p. 9) surge a partir disso a influência do contexto social na saúde da população, pois, segundo o autor, o crescimento desordenado das cidades e dos núcleos de trabalhadores nem sempre contava com as mais perfeitas condições de habitação, saneamento básico, tratamento adequado da água e, com esses graves problemas sociais, iniciou-se a preocupação com a influência das condições de vida na saúde do indivíduo.

Entretanto, após grande período de estagnação sobre a saúde pública e a preocupação com o contexto social e as condições de vida da população, foi apenas no início do século XX (ano 1920) em que se passou a tratar a saúde como um conceito positivo e não tão somente como conceito de ausência de doença, conforme a definição de saúde pública no ano de 1920, veja-se:

Saúde Pública é a ciência e a arte de prevenir doenças e incapacidades, prolongar a vida e desenvolver a saúde física e mental, através de esforços organizados da comunidade para o saneamento do meio ambiente, o controle de infecções na comunidade, a educação dos indivíduos nos princípios da higiene pessoal e a organização de serviços médicos e paramédicos para o diagnóstico precoce e o tratamento precoce de doenças e o aperfeiçoamento da máquina social que irá assegurar a cada indivíduo, dentro da comunidade, um padrão de vida adequado à manutenção da saúde. (WINSLOW, 1920 apud ROUQUAYROL; ALMEIDAFILHO, 2003 p.29)

Por fim, no ano de 1946, consolida-se o atual conceito de saúde proposto pela Organização Mundial de Saúde, como fora exposto inicialmente.

Segundo Daniel Carlos Neto (2018, p. 11) foi a partir do conceito da OMS, que na década de 70, na América Latina, cresceu-se a importância das ciências sociais na abordagem da saúde, razão pela qual foram organizadas Conferências, como a de Alma-Ata e a Conferência de Ottawa, para se pensar estratégias com objetivo de melhorar a promoção da saúde a nível mundial e se chegar ao completo bem-estar físico, mental e social.

Destaca-se também a continuidade da preocupação com a promoção da saúde, haja vista que em 2005, através da Carta de Bangkok – resultado da Sexta Conferência Global de Promoção da Saúde em Bangkok, Tailândia – ficou definido que:

As Nações Unidas reconhecem que a obtenção do mais alto nível de saúde é um dos direitos fundamentais de qualquer ser humano, sem distinção de raça, cor, sexo ou condição socioeconômica”.

A Promoção da Saúde se baseia nesse direito humano fundamental e oferece um conceito positivo e inclusivo de saúde como um determinante de qualidade de vida, incluindo o bem-estar mental e espiritual. A Promoção da Saúde é o processo que permite as pessoas aumentar o controle sobre sua saúde e seus determinantes, mobilizando-se (individual e coletivamente) para melhorar a sua saúde. É uma função central da Saúde Pública e contribui para o trabalho de enfrentar as doenças transmissíveis e não transmissíveis, além de outras ameaças a saúde. (CARTA DE BANGKOK, 2005)

Sobre o assunto, aduz Bernardo (2012, p. 5) ainda diz que:

A globalização que aproxima os continentes e favorece uma discussão sobre a condição de saúde, que permite pensar estratégias para se trabalhar políticas de saúde para todos; é a mesma globalização embasada pelos princípios neoliberais, o que não permite que o público seja eficiente e que tem como diretriz fundamental o Estado mínimo. Dificultando a implementação de uma Saúde Pública de qualidade, com equidade e universalidade.

Destarte, Norberto Bobbio (2004, p.19), em seu livro a Era dos direitos, ao afirmar que o campo dos direitos sociais está em contínuo movimento, já refletia que com a revolução industrial, surgiriam novas demandas diante das demandas de proteção social conjuntamente com o desenvolvimento técnico e econômico.

Pela abordagem histórico brasileira, Oliveira e Silva (2020, posição 335), apresentando sua própria abordagem histórica, identificou que entre o final do século XIX e XX, no Brasil, a saúde pública, no que diz respeito à sua dimensão curativa, não era universalizada. Ela beneficiava tão somente os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência.

Nessa esteira, Daniel Carlos Neto (2018, p. 4) também comenta que no Brasil o Estado apenas proporcionava atendimento à saúde precário para a classe proletária com carteira assinada e suas famílias. Assim, o restante da população, quando tinha acesso aos serviços de saúde, não o tinha como um direito, mas sim como uma benesse da Igreja Católica, e outros entes religiosos, e como fruto da filantropia dos mais favorecidos e do poder público, através, principalmente, das Santas Casas de Misericórdia. Ademais, relata que essa situação se perpetuou até o fim do período militar, quando iniciou uma maior preocupação estatal na prestação de saúde à população brasileira, com as constantes mobilizações sociais através das

Conferências Internacionais de Saúde.

O supramencionado autor considera que o grande marco histórico do reconhecimento da saúde no ordenamento jurídico brasileiro deu-se através do Decreto-Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecido como Lei Eloi Chaves, pois, através desse decreto-legislativo foi assegurado a constituição do Sistema de Saúde, no Sistema Previdenciário, ou seja, permanecera a ideia que somente aos trabalhadores é garantido o direito à saúde.

Assim, apesar de ser considerada uma das primeiras intervenções do Estado brasileiro, no sentido de assegurar algum tipo de seguridade ou de previdência social no Brasil, verifica-se que essa garantia de assistência à saúde estava ligada apenas ao setor de previdência social, ou seja, destinava-se apenas aos trabalhadores contribuintes.

Ricart César Coelho dos Santos (2016, p. 69) também comenta que a Lei Elói Chaves, de 1923, representou um marco ao reconhecer a assistência médica como política pública. Nesse período, as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) passaram a garantir aposentadorias e pensões, bem como socorros médicos. Contudo, segundo o autor, o sistema era restrito ao âmbito das grandes empresas privadas e públicas, apenas fornecendo cobertura aos empregados destas e aos seus familiares.

Ricart César Coelho dos Santos (2016, p. 70) ainda cita que durante o período Vargas ocorreu outro fato importante, que foi a criação do Ministério da Educação e da Saúde Pública (MESP), pelo Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930, assim, houve a centralização das políticas públicas de saúde.

Após o fim da Era Vargas, ocorreu a criação do Ministério da Saúde, em 1953. Posteriormente, no regime militar, os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados com a criação do INPS (Instituto Nacional de Previdência Nacional), no ano de 1966. Deste surgem atendimentos domiciliares destinados a todo trabalhador urbano com carteira assinada, contribuinte e beneficiário do novo sistema, que tinha, ao seu dispor, direito a atendimento na rede pública de saúde. Assim, a parte da sociedade brasileira que não estava formalizada no mercado de trabalho estava excluída do direito à saúde, encontrando-se excluídos os rurais e os urbanos informais.

Essa situação mudou apenas com a Constituição de 1988, período da redemocratização e verificando o texto constitucional, Rios Faria De Oliveira e Silva (2020, posição 344) cita o art. 196, estabelecendo forma universal que a saúde é um direito de todos e dever do Estado.

Assim, a saúde deixou de ser um serviço prestado somente aos trabalhadores formalizados passando a ser um direito de toda a população do Brasil e, após inúmeros debates sobre a universalização do serviço de saúde, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS).

Considerando o exposto, Ricart César Coelho dos Santos (2016, p. 71) cita que: “Durante a Assembleia Nacional Constituinte, foram apresentadas muitas propostas em relação à parte da saúde pública da futura Constituição. O Sistema Único de Saúde (SUS) previsto na Constituição Federal de 1988 é o resultado delas”.

Destarte, Daniel Carlos Neto (2018, p. 15) frisa que as únicas constituições promotoras de mudanças significativas sobre o direito à saúde foram a de 1934 e a de 1988.

Para o supramencionado autor não é dever apenas do Estado, mas também a população como um todo, encontra-se imbuída da realização, exigência e fiscalização de políticas sociais e econômicas conducentes à preservação da saúde. Assim, esse direito concretizaria esse direito como universal e igualitário, respeitando a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a Constituição Federal consagra do artigo 196 ao 200 especificamente sobre a saúde, fazendo esta parte do “tripé” da Seguridade Social: Saúde, Previdência e Assistência.

Desta feita, o artigo 194 da Constituição Federal já preceitua: *Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.*

Ademais, o artigo 196 da Constituição Federal também determina que *“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.*

Cita-se também que através do artigo 200 da Carta Magna, dispõe-se sobre

as atribuições do sistema único de saúde.

Tais dispositivos definem e asseveram o acesso igualitário à saúde como direito e dever fundamental positivado em nosso ordenamento jurídico, insculpido na lei maior como direito e dever do indivíduo e dever do estado, cabendo ao ente público a prestação de ações e serviços necessários à sua efetivação, sendo, pois, considerado como um direito fundamental da pessoa humana.

Nesse sentido, verifica-se que o direito à saúde, como direito social, possui a característica de exigir do Estado ação concentrada e efetiva para a promoção e a recuperação da saúde. Considera-se ainda que o Estado deve intervir na dinâmica social para a proteção do direito à saúde, posto que o direito à saúde, no Brasil é reconhecido como direito fundamental social. Conclui-se que sem saúde, os cidadãos não teriam como pleitear os demais direitos que lhes são garantidos, haja vista conjuntamente com a saúde, garantir-se outro bem maior, que é a vida, ou seja, o direito à saúde é um mecanismo para a manutenção da vida, derivando uma prestação obrigacional do Estado.

Ademais, a regulamentação infraconstitucional do direito à saúde é dada pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Tal diploma legal traz, logo no seu artigo 2º, que *“a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”* (caput) e que *“O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”* (§ 1º).

A aludida Lei Federal disciplina o Sistema Único de Saúde (SUS) e garante, ainda, a integralidade da assistência (artigo 7º, II). Ou seja, o atendimento do paciente deve ser completo, abarcando todas as necessidades do cidadão (Princípio do Atendimento Integral).

Alicerçando o Princípio da Dignidade Humana, a Constituição Federal elenca direitos vitais e fundamentais, os quais a doutrina denomina de mínimo existencial.

Assim, Clèmerson Merlin Clève informa que:

“O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, **aponta para uma obrigação mínima do poder público**, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, **de saúde**, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino” - grifo nosso (CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista Crítica Jurídica, Curitiba, n. 22, p. 27, jul./dez. 2003.).

O direito à saúde compõe o rol de direitos do mínimo existencial, ou seja, é requisito essencial para a vida e também para a dignidade do ser humano, estando estes conceitos intimamente ligados entre si.

Diante disto, no julgamento do RE 271.286 ficou definido que:

(...) O **direito à saúde** — além de qualificar-se como **direito fundamental** que assiste a todas as pessoas — representa **consequência constitucional indissociável do direito à vida**. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar –se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...)” RE 271.286 -AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000, 2.^a Turma, DJ de 24.11.2000. No mesmo sentido: STA 175 -AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. 17.03.2010, Plenário, DJE de 30.04.2010.

Nesse sentido, baseando-se no texto constitucional e, conforme explicita Rios Faria de Oliveira e Silva (2020, posição 346), compete à União, aos Estados e aos municípios – concorrentemente – legislar sobre a proteção e a promoção da defesa da saúde (art. 24, XII, da Constituição). A União estabelece normas gerais (art. 24, §1º), os Estados suplementam a legislação federal (art. 24, §2º), e, os Municípios legislam assuntos de interesse local, podendo, no que concernir, suplementar a legislação federal (art. 30, I e II). Assim, quanto à elaboração e execução de políticas públicas de saúde, a competência é comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II).

Os arts. 6º e 196 da Constituição Federal da República, salientam que a saúde é responsabilidade do Estado, seu acesso é um direito de todos e sua previsão na magna carta é um direito fundamental que deve ser assegurado pelo poder

público.

Tais dispositivos denotam que o próprio constituinte reconhece a máxima importância do direito à saúde, bem como a responsabilidade estatal para que este possa promover todas as condições necessárias a uma vida digna e ao pleno tratamento de doenças que recaiam sobre os cidadãos.

Conforme dispõe o art. 198 da Constituição Federal e também o art. 7º da Lei nº 8.080/90, cabe ao Sistema único de saúde – SUS, com a participação simultânea dos entes estatais nos três níveis, União, Estado e Município, promover as condições e dar assistência ao pleno exercício do direito à saúde garantindo meios para o tratamento médico adequado.

Importante ainda destacar o disposto no artigo 6º da Lei nº 8.080/90 *in verbis*:

Art. 6º - Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde – SUS:

I. A execução de ações: [...]

d) de assistência terapêutica **integral**, inclusive farmacêutica.

Salienta-se ainda que a saúde é direito fundamental expressamente previsto nos arts. 196 e 197 da CR/88: Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle (...).

Em decorrência da referida obrigação constitucional, o Poder Judiciário tem garantido, por diversas vezes, o indisponível direito à saúde de cidadãos, impondo ao Poder Público a obrigação de cumprir a Constituição e leis e, conseqüentemente, fornecer medicamentos e realizar procedimentos cirúrgicos, como consta nas decisões judiciais mencionadas a seguir.

A Jurisprudência Pátria ainda corrobora informando que:

“O art. 198 da Constituição da República estabelece que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, e regido pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento e da igualdade na obtenção dos benefícios, inclusa a realização de exames médicos de alto custo.” (TJMG – Processo no. 300647-5/000, Rel. Carreira Machado, publicado em 21/05/2003).

TJ-SP - Agravo de Instrumento AI 22124922120148260000 SP
2212492-21.2014.8.26.0000 (TJ-SP)

Data de publicação: 17/04/2015

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO Tutela antecipada em ação de obrigação de fazer Saúde Pessoa hipossuficiente e portadora de hérnia incisional. Tratamento prescrito por médico. Direito fundamental ao fornecimento gratuito de medicamentos, insumos e ao custeio de tratamentos Aplicação dos arts. 1º, III, e 6º da CF Presença dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem ao Município, de modo solidário com os demais entes públicos (art. 196 da CF), a obrigação de fornecer, prontamente, tratamento cirúrgico necessitado, em favor de pessoa hipossuficiente, que comprova a urgente necessidade do tratamento, por prescrição médica, de idoneidade presumida. 2. Antecipação dos efeitos de tutela jurisdicional, para obrigar o Poder Público a fornecer medicamentos, insumos ou custear tratamentos, é viável ante a satisfação dos pressupostos legais (art. 273 do CPC) e orientação jurisprudencial dominante. (TJ-MS - Agravo de Instrumento AI 14076793720158120000 MS 1407679-37.2015.8.12.0000 (TJ-MS). Data de publicação: 05/08/2015

Ademais, A lei nº 8.080/90 disciplina a organização, direção e gestão do Sistema Único de Saúde e dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, prescreve o acesso universal e igualitário a serviços de saúde:

Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º - O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 9º - A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do artigo 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

**I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva secretaria de saúde ou órgão equivalente; e
III. no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. (grifei)**

Não se pode olvidar, por fim, que as demandas relacionadas ao direito à saúde também almejam o próprio direito a dignidade humana.

Neste sentido, o entendimento de José Afonso da Silva (2011, p. 833):

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.

Portanto, ao ente público compete fornecer tratamento médico cirúrgico, medicamentos e tratamento de saúde adequados, como forma de garantia deste direito, honrando, desta forma, com o direito fundamental à saúde e com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ademais, o direito à saúde tem garantia constitucional inclusive referente a sua concretização financeira. O questionamento é se esta garantia corresponde com a realidade brasileira, tópico a ser discorrido no capítulo seguinte.

A priori, informa-se que o artigo 198, §3º da Constituição Federal cita:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

Nesse sentido, deve-se buscar a concretização deste direito, não meramente pelo aspecto teórico e constitucional, deve-se buscá-lo pelo aspecto que irá de fato lhe custear, através das garantias financeiras e pendulando-se pelas teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, até mesmo através do pleito judicial.

Diante disto, Robert Alexy (1999) informa que:

Qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica,

destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, conforme se verá ao longo deste estudo, 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.

Ademais, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo (2008) afirmam:

O direito à saúde pode ser incluído na classificação dos direitos fundamentais em dois pontos: direito de defesa e direito de prestação. Quanto ao direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito a proteção da saúde, ou seja, disponibilização de políticas com o fim principal de garantia e manutenção da saúde. Em relação ao direito de prestação, este consiste na realização de atividades a fim de assegurarem a fruição do direito, incluindo nessas o fornecimento de materiais e serviços, como atendimento médico e hospitalar especializado, entrega de medicamentos e suplementos alimentares, realização de exames e procedimentos cirúrgicos, bem como a prestação de tratamento médico, ao titular do direito fundamental.

Nesse escopo, verifica-se que o direito à saúde está constitucionalmente respaldado, sendo assim um Direito Fundamental Social, o qual o Estado tem o dever se utilizar seus meios para a prestação adequada do serviço de saúde para a população.

3.2 Teoria da Reserva do Possível

José J. Gomes Canotilho (2007) informa que a construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. Relembra-se então a vertente do início da crise do Estado Social em meados da década de 70, já explanado no capítulo um da obra.

Nesse contexto, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 304) a decisão paradigmática que ensejou o surgimento da teoria da reserva do possível refere-se ao julgamento do caso BverfGE nº 33, S. nº 333, no qual a ação judicial proposta visava a obter uma decisão que permitisse a um estudante cursar o ensino superior público,

com fundamento no disposto na Lei Federal alemã que garantia livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as universidades públicas.

Ademais, Fernando Borges Mânica (2007, p. 13) também cita que a reserva do possível é criação do Tribunal Constitucional alemão. Em análise mais detalhada, a decisão alemã ficou conhecida como “*numerus clausus*” (BverfGE n.º 33, S. 333). Assim, a Corte enfrentou demanda em que, por não terem sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, ante uma política governamental de limitação do número de vagas no ensino superior, estudantes pleiteavam o direito de cursar o ensino superior público, baseado em sua Carta Magna, que assegurava a todos os alemães o direito de escolher livremente sua profissão. Ao decidir o caso, o Tribunal Constitucional afirmou que a prestação positiva buscada se encontrava sujeita à reserva do possível, “no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade”.

Assim, a Corte Constitucional alemã entendeu que não se poderia exigir do Estado Alemão e da sociedade a realização de uma prestação não razoável ou de responsabilidade do destinatário, que neste caso deveria prover seu próprio acesso à universidade. A definição do que é ou não razoável sempre vai depender da decisão do intérprete no caso concreto.

A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Joseane Ledebum Gloeckner (2013) também afirma que a reserva do possível teve origem em uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão e, ainda afirma que, embora de modo modificado, houve a recepção no Brasil da teoria da reserva do possível, pelo meio judicial e doutrinário como três formas de limitação: fática, jurídica e de razoabilidade.

Sobre o limite fático, para Joseane Ledebum Gloeckner (2013), consiste na possibilidade financeira do Estado, ou seja, se o Estado possui recursos para prestar

aquele direito. A limitação jurídica reside na capacidade de o Estado, mesmo possuindo meios financeiros, poder dispor dos recursos existentes. Desse modo, o ente público, além de possuir a capacidade material (limite fático) deverá ter a possibilidade jurídica de disposição desses bens. Isso significa que o gasto com o direito prestacional deverá estar previsto no orçamento público anual.

Assim, para a supramencionada autora, mesmo tendo a Administração Pública possibilidade financeira de prestar o direito, se o gasto não estiver previsto em Lei Orçamentária, não poderá dispor daquele valor.

Além disso, a teoria da reserva do possível também se baseia pela razoabilidade, ou seja, deve ser razoável que o indivíduo exija do Estado a prestação daquele direito social.

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p. 11) consideram que ficou definido que a “reserva” é uma espécie de limite jurídico e de eficácia aos direitos fundamentais. Entretanto, para os autores, a teoria da reserva do possível também pode constituir uma garantia aos direitos fundamentais – observados os critérios da proporcionalidade e do mínimo existencial (tema analisado mais a frente) – quando houver conflitos de direitos, e sua invocação, condicionada à insuficiência de recursos, servir como salvaguarda do núcleo essencial de outro direito fundamental.

Nesse escopo, para Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p.10), de acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Assim, segundo Nathalia Masson (2016, p. 316), a teoria da reserva do possível seria uma limitação jurídico-fática que poderia ser apresentada pelos Poderes Públicos em razão das restrições orçamentárias.

Para Angélica Carlini (2014 p. 118), a compreensão da reserva do possível vai depender da aproximação com a Economia, principalmente dos estudos sobre gastos públicos, de composição de orçamentos e de impacto das decisões judiciais em toda a cadeia de distribuição de rendas. Assim, no Brasil o debate sobre o acesso à saúde pública ou privada é também um debate que deve utilizar elementos de análise

econômica em diálogo imprescindível com os princípios da efetividade da proteção da dignidade da pessoa humana de forma individual e coletiva.

Mister se faz assinalar o posicionamento e a crítica de Angélica Carlini (2014, p. 122) que questiona a forma de administração dos recursos públicos, já que se sabe que nos países latino-americanos, cuja marca central da Administração Pública tem sido a má gestão dos recursos (principalmente devido a prática da corrupção), a utilização da teoria da reserva do possível como argumento para sustentar a negativa de acesso a direitos fundamentais suscita controvérsias e questionamentos.

Verifica-se que o Direito Financeiro também auxilia no estudo das crescentes demandas judicializadas sobre políticas públicas, pois se tem como concepção que tal ramo do Direito Público que estuda as finanças do Estado em sua estreita relação com a sua atividade financeira.

Harrison Leite (2020, p. 43) ainda informa que essa atividade financeira coincide com a própria atividade essencial do Estado, que é a promoção do bem comum, alcançada com a busca e a aplicação dos recursos financeiros com o intuito de atender às necessidades públicas.

A teoria da reserva do possível apresenta-se como uma forma de restrição orçamentária por parte dos poderes públicos, logo, essa teoria busca limitar a atuação do Estado no âmbito da efetivação de direitos sociais e fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 798) considera que, assim como ocorre com os direitos fundamentais em geral, também os direitos sociais apresentam uma dupla dimensão subjetiva e objetiva. No que diz aos direitos sociais estes operam-se como direitos subjetivos e isto causa a possibilidade de serem exigíveis (em favor de seus respectivos titulares) em face de seus destinatários. Com relação as dificuldades e objeções que se registram nessa esfera há a associação e justificativa de dependência da disponibilidade de recursos, sendo esta a teoria da reserva do possível.

Entretanto, constata-se, no caso brasileiro, uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial, com destaque para a jurisprudência do STF, através da ADPF 45 no sentido do reconhecimento de um direito subjetivo definitivo, logo, gerador de uma obrigação de prestação, pelo menos no plano da teoria do mínimo existencial, concedendo como garantia fundamental das condições materiais mínimas para uma

vida com dignidade, o que, em termos de maior incidência, verifica-se especialmente nos casos do direito à saúde e à educação.

A Constituição Federal, com relação à saúde, no art. 196, estipulou que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais econômicas que visem a redução dos riscos de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Para regulamentar essa promoção, proteção, organização e operacionalização dos serviços de saúde, foi editada a Lei nº 8.080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), sendo este constituído, segundo o artigo 4º da supracitada lei, por um “[...] conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (BRASIL, 1990).

Entretanto, sabe-se também que a previsão normativa referente ao direito à saúde e a atual jurisprudência dominante sobre este tema geram uma grande promessa de consagração das políticas sociais contida na Constituição Federal de 1988, uma vez que estabelece a obrigatoriedade de todos os entes federativos prestarem solidariamente os serviços e as ações na área a todos os brasileiros e estrangeiros, residentes no país ou em trânsito, permitindo-lhes exigí-la judicialmente no caso de recusa no atendimento.

Faz-se necessário analisar a relevância do direito à saúde e a prática sistemática de omissão dos Poderes Públicos devido a falta de elaboração e implementação de políticas públicas eficientes para promoção da saúde pública de qualidade.

Para Marcelo Novelino (2012) a efetivação e a realização dos direitos sociais dependem da existência simultânea de dois requisitos: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas do Estado.

Sobre a teoria da reserva do possível, de acordo com Harrison Leite (2020, p. 77), essa teoria deve ser observada mediante dois aspectos: o aspecto jurídico e o aspecto fático.

Sob o aspecto jurídico, a justificativa seria a força normativa do orçamento, sendo este considerado um argumento vago e com pouca aplicabilidade no âmbito judicial. O supracitado autor ainda diz que:

não se dá muita atenção para a força normativa do orçamento, de modo que, afirmar-se ser a lei orçamentária óbice para a atuação judicial soa vazio, tendo em vista a concepção formal do orçamento, redutora de materialidade (LEITE, 2016, p. 52).

Assim, utilizar a teoria da reserva do possível apenas pelo ponto de vista jurídico não é justificativa suficientemente plausível para a não efetivação do direito pleiteado.

Já a reserva do possível sob o aspecto fático ocorre quando comprovada a ausência de recursos, diante disto, o problema não seria apenas jurídico, mas fático, com provas, pois não basta o Poder Público alegar a ausência de recursos para se esquivar da implementação de direitos fundamentais, mas deve comprovar isto. Harrison Leite (2020, p. 78) cita como exemplos de prova a lei orçamentária, juntamente com os balancetes mensais do Executivo, pois isso auxiliaria como critério objetivo para demonstrar a incapacidade financeira do ente público.

Observa-se que, ressalvada a ocorrência de motivo justo e objetivamente verificável, a teoria da reserva do possível não pode ser alegada pelo Estado no intuito de se exonerar do cumprimento de suas obrigações firmadas no texto constitucional.

Márcio André de Farias (2017, p. 100) também afirma que o Estado deve comprovar fundamentalmente que não possui recursos no orçamento para negar a realização de um direito social. Devido isto a mera alegação do Estado de que não possui recursos no orçamento, ou seja, que deve ser aplicada a teoria da reserva do possível, não é suficiente para eximir o Estado de sua responsabilidade.

Para Angélica Carlini (2014, p. 123) a teoria da reserva do possível inclui-se no âmbito da ideia de planejamento das atividades públicas para que elas possam suprir a maior quantidade de necessidades, com eficiência e democracia. Diante disto, verifica-se que primeiramente deve-se ter uma maior fiscalização da forma de administração dos recursos públicos.

Em aspecto de crítica, Daniel Carlos Neto (2018, p. 28) considera que a teoria da reserva do possível é uma limitação fática e jurídica que o Estado se vale para deixar de prestar os direitos sociais a quem é de direito. Assim, é uma teoria que se

refere a múltiplas alegações pelo Poder Público somente para se eximir da obrigação da efetivação dos direitos fundamentais sociais.

O supracitado autor aponta que, ainda que a efetividade dos direitos sociais dependa da ponderação do Poder Público em suas escolhas diante da escassez de recursos, ele não pode se furtar do seu dever constitucional de prestar e garantir os direitos mínimos à população para a obtenção de uma vida com dignidade e na falta de qualquer deles cabe ao judiciário, mediante provocação, dirimir qualquer problema sobre o assunto.

Estela De Almeida Lima Martins (2015, p. 26) enumera alguns requisitos a serem observados na decisão judicial que controla Políticas Públicas, estes requisitos são: [1] verificar se a medida escolhida é a mais adequada e pertinente a atingir o resultado; [2] verificar se o meio escolhido é o menos oneroso entre as opções existentes e [3] verificar se o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar direitos fundamentais mais importantes do que os direitos que a medida limitou.

Assim, com a medida mais proporcional e razoável a decisão judicial também iria observar a disponibilidade financeira, através da teoria da reserva do possível, sendo considerado um paradigma sobre as decisões judiciais, mas não um aspecto impositivo limitador que serviria para podar a efetivação das políticas públicas.

Conforme disciplina Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, posição 5028) a estruturação com que foi concebida a reserva do possível e a concretização dos direitos sociais prestacionais encontra-se condicionada aos limites de recursos materiais do Estado, dependente, portanto, da ação estatal em prestações arcadas pelo erário. Na direção da conformação dogmática da reserva do possível formulada na Alemanha, foi sedimentando-se o entendimento de que os direitos sociais prestacionais estão condicionados à existência de recursos para que o Estado, através de políticas públicas os implementem através de prestações positivas. Logo, restou pacificado para a reserva do possível que a efetividade dos Direitos Fundamentais sociais prestacionais realizados através de políticas públicas tem seus limites pautados na existência de recursos materiais disponíveis para sua implementação, estabelecidos na lei orçamentária.

Ademais, Oliveira e Silva (2020, posição 809) ainda consideram que a teoria da reserva do possível, em seus aspectos financeiros e orçamentários, frente à

aplicação do direito à saúde – seja em demandas hospitalares, cirúrgicas ou de medicamentos - não constitui (a reserva do possível) meio legítimo para excluir a responsabilidade do Estado de prestar direitos fundamentais, mas apenas a possibilidade de se cumpri-los posteriormente.

Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, posição 5099) ainda comenta que a reserva do possível não tem caráter absoluto. Assim, o Estado-juiz e o legislador devem ponderar sua aplicação quando do exercício de suas competências, não podendo retroceder frente aos Direitos Fundamentais e suas garantias já devidamente reconhecidas.

Nessa esteira, Ricardo Augusto Dias da Silva (2010) comenta que:

[...] é razoável se afirmar que o princípio da vedação do retrocesso social conjuga-se de maneira intensa com o disposto no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, que representa a expressão da máxima efetividade das normas definidoras de Direitos Fundamentais, apontando, conforme defendido pela doutrina citada, para o afastamento do ordenamento jurídico de hipóteses tendentes a implementar redução do mínimo existencial, já devidamente resguardado e protegido. (SILVA, 2010, posição 5133).

Destarte, é de se destacar que o Estado, mais que o reconhecimento dos Direitos Fundamentais, deve por imperativo vedar a edição de qualquer medida legislativa ou administrativa, tendente a reduzir, anular ou revogar o que já está devidamente reconhecido e que integra o núcleo essencial da dignidade humana, constitucionalmente previsto.

Assim, cita-se o princípio da vedação do retrocesso social, como um parâmetro a também servir de base frente a teoria da reserva do possível.

Nesse esboço, para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 819) a proibição de retrocesso social costuma ser vinculada também ao dever de realização progressiva dos direitos sociais, tal como previsto no art. 2.º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil. Além disso, a proibição de retrocesso social guarda relação com o princípio da segurança jurídica (consagrado, entre outros, no Preâmbulo da Constituição Federal e no caput dos arts. 5.º e 6.º) e com os princípios do Estado Democrático e Social de Direito e da proteção da confiança, na medida em que tutela a proteção da confiança do indivíduo, bem como da sociedade na ordem jurídica, especialmente na ordem constitucional,

enquanto resguardo de certa estabilidade e continuidade do direito, notadamente quanto à preservação do núcleo essencial dos direitos sociais.

Ademais, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 820) ainda citam que:

[...] a proibição de medidas retrocessivas reconduz-se ao princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, § 1.º, da CF), assim como, numa perspectiva defensiva do princípio da dignidade da pessoa humana, objetiva impedir a afetação dos níveis de proteção já concretizados das normas de direitos sociais, sobretudo no que concerne às garantias mínimas de existência digna. Destaque-se, aliás, que o conjunto de prestações básicas, especialmente aquelas que densificam o princípio da dignidade da pessoa humana e correspondem ao mínimo existencial, não poderá ser suprimido nem reduzido, mesmo se ressalvados os direitos adquiridos, já que a violação de medidas de concretização do núcleo essencial da dignidade humana é injustificável sob o ponto de vista da ordem jurídica e social.

Conclui-se que a teoria da reserva do possível pode ser observada pelo aspecto jurídico, bem como pelo aspecto fático. Nesse contexto, pelo mero aspecto jurídico, considera-se que não se deve sobrepor a teoria como justificativa para a não realização do dever estatal de prestação do serviço público, além de medidas importantes para a sociedade, como as políticas públicas. Entretanto, pelo aspecto fático, deve-se verificar o caso concreto, principalmente nas demandas sobre o direito à saúde porque em muitos casos é a vida do paciente, através do direito à saúde, que está sendo decidida.

Nesse sentido, a razoabilidade acrescida da proporcionalidade e do princípio da vedação do retrocesso social auxiliam sobre a mitigação das teoria da reserva do possível e mínimo existencial, pois, devido o aspecto fático da teoria da reserva do possível a simples alegação pelo Poder Público de que não dispõe de recursos para implementar a Política Pública, não é suficiente para que seja invocada a teoria da reserva do possível, pois a insuficiência de recursos deve ser provada pela Administração, vigorando então a regra da inversão do ônus da prova.

3.3 Teoria do Mínimo Existencial

Daniel Sarmiento (2016, p. 192) comenta que a ideia de um direito ao mínimo existencial surgiu em decisão do Tribunal Federal Administrativo alemão proferida em 1954, incorporando-se, posteriormente, na jurisprudência da Corte Constitucional

daquele Estado, a partir da conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, consagrados na Lei Fundamental germânica. Ela tem recebido acolhida na jurisprudência constitucional de diversos outros países como Portugal, Colômbia e Brasil. Ademais, este conceito também já foi invocado em decisões do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e demais decisões jurisprudenciais e argumentações doutrinárias.

Ademais, no contexto brasileiro, pela leitura realizada referente ao mínimo existencial, alguns doutrinadores apontam o Professor Ricardo Lobo Torres como o principal precursor do estudo do assunto na doutrina brasileira contemporânea.

Nesse contexto, Daniel Sarmiento (2016, p. 201), sobre Ricardo Lobo Torres, verificou que, para este autor, nos muitos textos que escreveu sobre o assunto, há considerações de que o mínimo existencial possui fundamentalidade em razão da sua ligação intrínseca com a liberdade, embora Ricardo Lobo Torres também faça referência a outros princípios para justificá-la, como a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

Desta feita, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 37), em sua obra “O Direito ao mínimo existencial”, cita que o mínimo existencial é um direito de dupla face: a) aparece como direito subjetivo e também como norma objetiva; b) compreende os direitos fundamentais originários (direitos da liberdade) e os direitos fundamentais sociais.

Assim, como direito subjetivo, a teoria do mínimo existencial investe o cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa dos seus direitos mínimos. E, do ponto de vista objetivo, o mínimo existencial aparece como norma de declaração de direitos fundamentais que deve cobrir o campo mais amplo das pretensões da cidadania.

A teoria do mínimo existencial busca especificar e delimitar grupos de direitos fundamentais formados pelos bens mais básicos e essenciais a uma vida digna assim, esta teoria está relacionada com a realização e a efetivação dos direitos sociais. Analisar-se-á em tempo oportuno a dinâmica dessas teorias inclusive mediante as demandas judiciais.

Referente à teoria do mínimo existencial, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p. 08), informam que:

[...] o que importa, nesta quadra, é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa

previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*) no que a nossa Carta de 1988 [...] (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 08)

Diante disto, para Márcio de Almeida Farias (2017, p. 104), garantir o mínimo de um direito social seria fazer com que o Estado fornecesse o básico, ou seja, o necessário para uma pessoa viver com dignidade.

Daniel Carlos Neto (2018, p. 30) considera que o padrão mínimo social para sobrevivência deverá incluir sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, a educação de primeiro grau, bem como a garantia de uma moradia.

Entretanto, para o Márcio de Almeida Farias (2017, p. 145), apenas garantir o mínimo existencial ainda não é o ideal para a sociedade. Contudo, o autor considera o mínimo existencial como sendo ao menos a base, além de uma forma de efetivação dos direitos fundamentais sociais, desde que seja feita uma correta ponderação pelo aplicador do direito.

De fato, garantir além do mínimo existencial é um trabalho árduo que ainda não fora alcançado, haja vista ainda buscar-se e concretização do mínimo existencial, que, de acordo com a dinâmica da sociedade, também está se modulando, ou seja, aqui debate o mínimo existencial referente ao direito à saúde, em contrapartida, não nega-se que o mínimo existencial vai muito além, verificando-se também aspectos como: saneamento básico, energia elétrica, alimentação de qualidade. Esses aspectos, para os dias atuais de nossa sociedade, influenciam para a fundamentação do mínimo existencial.

Daniel Sarmento (2016, p. 222), utilizando a nomenclatura “direito ao mínimo existencial” apresenta o mínimo existencial tanto uma dimensão prestacional quanto uma dimensão negativa. Pela dimensão negativa do mínimo existencial protege-se as condições materiais básicas de vida de intervenções restritivas provenientes do Estado e pela dimensão prestacional, considera que, até para financiar as suas atividades voltadas à satisfação dos direitos fundamentais, o Estado tem que arrecadar tributos.

Para Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, posição 5253) o mínimo existencial, integrante do núcleo da dignidade da pessoa humana, atribui ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, exigível nas hipóteses de redução ou inadimplemento dos Direitos Fundamentais, da prestação dos serviços sociais básicos realizada através de políticas públicas.

Neste compasso, Daniel Sarmiento (2016, p. 195) molda os fundamentos para reconhecimento do direito ao mínimo existencial, apoiando-se em aspectos instrumentais ou independentes. Portanto, os fundamentos instrumentais apontam que o mínimo existencial deve ser assegurado para a promoção de algum outro princípio ou objetivo, sendo a liberdade e a democracia os princípios mais frequentemente invocados. Já os fundamentos independentes postulam que o mínimo existencial deve ser garantido porque a sua denegação representa, em si, uma grave injustiça, independentemente dos efeitos que possa ter sobre outros valores.

Diante disto, acrescenta-se também a importância da observância da dignidade da pessoa humana.

Ademais, Daniel Sarmiento (2016, p. 212) ainda diz:

[...] o mínimo existencial corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna. Trata-se de um direito fundamental derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que também se manifesta em boa parte dos direitos fundamentais sociais positivados pela Constituição de 88, como saúde, educação, moradia, alimentação, previdência e assistência social etc., estando igualmente presente em alguns direitos individuais, como no acesso à justiça.

Para Estela De Almeida Lima Martins (2015, p. 15) o Judiciário, o Executivo e o Legislativo estão vinculados aos Direitos Fundamentais, ou seja, a supracitada autora considera que o Poder Público em geral tem a “obrigação” de respeitar e efetivar os Direitos Fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Nesse sentido, os Poderes, notadamente o Judiciário, devem agir e limitar-se de modo a concretizar os Direitos Fundamentais.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 292) consideram que o princípio da garantia do mínimo existencial também está postulado de forma implícita na Constituição Federal de 1988 e atua como um limite à cláusula da reserva do financeiramente possível.

Considerando o exposto acima, objetivamente, isso significa dizer que a dificuldade estatal decorrente da limitação dos recursos financeiros disponíveis

(reserva do financeiramente possível) não afasta o dever do Estado de garantir, em termos de direitos sociais, um mínimo necessário para a existência digna da população (garantia do mínimo existencial).

No âmbito da administração fiscal estatal também se aplica o princípio do mínimo existencial através do entendimento extensivo do princípio da capacidade contributiva, no qual, ainda que objetive a sua aplicação a impostos, é possível perceber a sua aplicação em taxas em respeito a um mínimo existencial. (MACHADO, 2017).

Nesse escopo, Stephen Holmes e Cass R. (2019) em sua obra “O custo dos direitos” afirmam que os direitos impõem responsabilidade, assim, as responsabilidades dão origem a direitos e para proteger os direitos, o Estado terá de gastar, com responsabilidade, recursos coletados de cidadãos responsáveis. Nesse sentido, mais reflexões são trazidas no sentido de se questionar quais os direitos e responsabilidades complementares que terão a probabilidade de conferir mais benefícios à sociedade que os custeia, ora, sem dúvida, o direito à saúde deve estar nesse rol, pois o direito à saúde também está atrelado ao próprio direito à vida.

Assim, para Estela De Almeida Lima Martins (2015), a razão dos Direitos Fundamentais é proporcionar ao cidadão o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana. Nesse contexto, uma vez descumprido a garantia ao mínimo existencial, justifica-se e dá-se fundamento à intervenção do Poder Judiciário para a efetivação das Políticas Públicas.

Um avanço interessante sobre a garantia do mínimo existencial foi o resultado da 1ª seção do REsp 1.657.156-RJ, julgado em sede de recurso repetitivo, pelo STJ. Esse julgado fixou requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS).

Na referida seção, a tese estabeleceu que constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- 1) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- 2) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e

3) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

(STJ. 1ª Seção. REsp 1657156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo).

Os argumentos jurídicos que fundamentaram a decisão foram a inexistência de violação ao princípio da separação dos Poderes, pois a Jurisprudência do STF já diz:

(...) É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. (...)

(STF. 1ª Turma. ARE 947.823 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/6/2016).

Há o fundamento constitucional do Direito à Saúde consagrado na CRFB/88, diante disso, o STF, ao interpretar os arts. 5º, caput e 196 da CF/88, consagrou o direito à saúde como consequência indissociável do direito à vida, assegurado a todas as pessoas. É o que se vê na Jurisprudência do STF:

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica **indisponível** assegurada à **generalidade** das pessoas pela **própria** Constituição da República (art. 196). **Traduz** bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade **deve** velar, de maneira responsável, o Poder Público, **a quem incumbe** formular – e **implementar** – políticas sociais e econômicas **idôneas** que visem a **garantir**, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde – **além** de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – **representa** consequência constitucional **indissociável** do direito à vida. O Poder Público, **qualquer** que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, **não pode mostrar-se indiferente** ao problema da saúde da população, **sob pena** de incidir, ainda que por **censurável** omissão, em **grave** comportamento inconstitucional. [sic] (STF. 2ª Turma. ARE 685.230 AgR/MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 25/03/2013).

Assim, a teoria do mínimo existencial está associada ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este previsto na Constituição Federal como um dos

fundamentos da República Federativa do Brasil (Art. 1º, III CRFB/1988).

Daniel Carlos Neto (2018, p. 32) corrobora em suas considerações sobre o princípio da vedação esta vedação do retrocesso social, informando que esta é uma maneira de impedir a revogação das leis que asseguram os direitos sociais, para não ocorrer a diminuição do que já se foi conquistou através da evolução histórica, como o estabelecimento de padrões mínimos para se ter uma vida com dignidade.

Considerando este cenário, a garantia do mínimo existencial não permite que o Estado negue o direito a prestações sociais mínimas, capazes de assegurar, à pessoa, condições adequadas de existência digna, com acesso efetivo às prestações estatais visando garantir direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, à proteção integral da criança e do adolescente, à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação e à segurança.

Márcio de Almeida Farias (2017, p. 114) é firme quando defende a teoria do mínimo existencial de forma ampla, afirmando que “defendemos não o mínimo, mas sim que seja observado a integralidade dos direitos fundamentais sociais, nos termos do previsto no texto constitucional”.

O artigo 5º da CRFB/1988 afirma que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Observando esse aspecto constitucional verifica-se que questões de ordem orçamentária não podem impedir a implementação de políticas públicas que visem a garantir os direitos fundamentais, a fim de assegurar condições minimamente dignas as pessoas que buscam o direito à saúde.

Levando em conta o aspecto anterior, para Nathalia Masson (2016, p. 202), enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a prerrogativa de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados, já os direitos fundamentais no âmbito objetivo formam a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático de direito.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 246) aduzem que o STF tem reiterado em seus julgados que o caráter programático das normas sociais inscritas no texto da Carta Política não autoriza o Poder Público a invocar de forma irresponsável a "reserva do possível", pois, para os supracitados autores, isso resultaria em um meio de fraudar as justas expectativas nele depositadas pela coletividade.

Desse modo, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada levianamente pelo Estado com o intuito de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, salvo quando possa ser objetivamente demonstrado que inexistente disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, ou que falta razoabilidade à pretensão individual ou coletiva deduzida em face do Poder Público.

Para Nathalia Masson (2016, p. 319) a intervenção jurisdicional, desde que justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real a algum direito social, tornar-se-á plenamente legítima sempre que se impuser a necessidade de fazer prevalecer aos direitos sociais uma proteção mínima, dessa forma, não resultaria em ofensa ao princípio da separação de poderes.

Desta feita, Oliveira e Silva (2020, posição 1270) comentam que a teoria do mínimo existencial constitui um núcleo aos direitos fundamentais e sociais, no sentido de afirmar ao Estado que o indivíduo é detentor de dignidade e para não ser depredado pelas escolhas políticas, merece ter garantido à sua pessoa um mínimo de sobrevivência que o permita existir dignamente.

Daniel Sarmento (2016, p. 332) comenta que o mínimo existencial possui dimensões negativa e positiva. A dimensão negativa impede os atos tendentes a privar os indivíduos de bens e valores essenciais para uma vida digna. Já a positiva lastreia a exigibilidade de direitos prestacionais básicos. O mínimo, por outro lado, não se esgota nas prestações expressamente previstas pelo texto constitucional. Pelo contrário, um dos seus papéis mais relevantes é assegurar o acesso a outros bens e serviços essenciais à vida digna que não foram explicitamente garantidos pela Constituição, como energia elétrica, saneamento básico e vestuário adequado. Ademais, o supramencionado autor não considera viável a elaboração de uma lista exaustiva de prestações materiais correspondentes ao mínimo existencial.

De fato, as necessidades “básicas” da sociedade vão se alterando no decorrer do tempo. No século XIX não se imaginaria a diferença da qualidade de vida nos dias atuais, com a energia elétrica, água potável, saneamento básico, direito à saúde, entre outros.

Destarte, outra reflexão interessante é apresentada por Daniel Sarmento (2016, p. 215) referente ao Direito à Saúde ao considerar que, diante do mínimo existencial, uma determinada prestação pode integrar o mínimo existencial para uma

pessoa, mas não para outra, tendo em vista a variação das respectivas necessidades básicas.

Essa dinâmica ocorre porque a análise do mínimo existencial deve levar em consideração também as necessidades de cada pessoa concreta. Comenta o supramencionado autor:

Veja-se o exemplo do direito à saúde: é certo que se trata de um direito universal (art. 196, CF), e que a gratuidade do SUS vale para todos, inclusive para os ricos (art. 43 da Lei nº 8.080/90). Porém, o não fornecimento de um medicamento indispensável para o tratamento sanitário de uma pessoa pobre, que não disponha dos recursos necessários para adquiri-lo por conta própria, pode significar um grave abalo à sua saúde ou até mesmo um sacrifício à sua vida. Já para outro indivíduo com a mesma patologia, que tenha, contudo, condições de custear o medicamento sem prejuízo da sua subsistência digna, a omissão estatal não terá efeitos similares: repercutirá no seu patrimônio, mas não ameaçará a sua saúde ou a sua vida. No primeiro caso, haverá violação do direito ao mínimo existencial, mas não no segundo.

Considera-se que a inserção expressa no ordenamento jurídico dos direitos e garantias fundamentais no plano constitucional abriu espaço para debates sobre a dignidade da pessoa humana e sobre a efetivação de políticas inseridas no texto constitucional em prol da população.

Assim, o direito à saúde como um direito fundamental social também tem garantia de aplicabilidade imediata estando este direito fundamentado constitucionalmente e de forma principiológica com a teoria do mínimo existencial e com a dignidade da pessoa humana.

4 SAÚDE, ORÇAMENTO E DIGNIDADE HUMANA

4.1 Orçamento Público

Conforme preceitura Harrison Leite (2020, p. 43) o direito financeiro consiste no ramo do direito público que estuda as finanças do Estado em sua estreita relação com a sua atividade financeira, ou seja, é o conjunto de regras e princípios que estuda a atividade financeira do Estado, compreendida esta como receita, despesa, orçamento e créditos públicos.

Ademais, Luís Fernando Massonetto (2006, p. 15) considera que o Direito Financeiro desempenha duas funções essenciais da regulação social. Por um lado, disciplina a arbitragem concreta entre os bens econômicos atribuídos ao Estado e os bens econômicos dos particulares, qualificando a participação do Estado na economia e determinando o grau de integração entre as finanças públicas e a economia privada. Por outro lado, o Direito Financeiro disciplina os instrumentos e as políticas organizadoras das finanças do Estado, regulando o orçamento público, o sistema tributário, o sistema da dívida pública, além das funções fiscais do setor público, tais como o fornecimento de bens e serviços públicos, a distribuição da renda nacional e a estabilização da economia. A partir da articulação destas duas funções, o Direito Financeiro realiza seu objetivo principal – a organização do espaço políticoeconômico da acumulação.

Nessa direção, o estudo do Direito Financeiro, principalmente referente ao orçamento público, auxiliam na análise de como será a aplicação do dinheiro público. Em uma residência, por exemplo, os familiares organizam sua vida financeira, sabendo qual é a sua receita (dinheiro), despesas (alimentação, saúde, escola, luz, água, aluguel, entre outros), orçamento (consenso sobre onde e como gastar e investir o dinheiro) e outros créditos (empréstimos). Assim também é com o dinheiro público, é necessária uma organização financeira.

Nesse sentido, verifica-se que a receita pública é o ingresso de numerários aos cofres públicos, que servirá como fonte para fazer face às despesas públicas e a despesa consiste no conjunto de gastos realizados pelo Poder Público para a consecução de suas atividades principais, com o objetivo de financiar as ações do governo, sempre com foco na satisfação das necessidades públicas.

Harrison Leite (2020, p. 410) classifica que as despesas, quanto à regularidade, podem ser ordinárias ou extraordinárias. Sendo as despesas ordinárias as que comumente ocorrem, voltadas às necessidades públicas estáveis, permanentes e periódicas, como as despesas de manutenção da máquina pública, aí incluídas as despesas de pessoal, materiais de consumo, dentre outras, portanto são as despesas de rotina do serviço público. Já as despesas extraordinárias são as que objetivam satisfazer necessidades públicas acidentais, realizadas em situações imprevisíveis, o que demanda, em contrapartida, uma receita extraordinária. São hipóteses raras como guerra externa, calamidade pública ou comoção interna, elencadas na CF, art. 167, § 3º, casos em que os créditos são manejados por medida provisória.

Para Ricardo Lobo Torres (2005) o crédito público consiste em empréstimos captados no mercado financeiro interno ou externo, através de contratos assinados com os bancos e instituições financeiras ou do oferecimento de títulos ao público em geral. Diante disto, o crédito público é um ato através do qual o Estado obtém dinheiro com a obrigação de restituí-lo posteriormente com o pagamento de juros.

Atualmente, os créditos públicos perderam o caráter de medida extraordinária e ingressaram no orçamento fiscal, podendo constar da lei orçamentária, com fundamento no artigo 165, § 8, da CF/88.

Harrison Leite (2020, p. 106) considera que o orçamento público não cria gastos, mas apenas os autoriza, sendo então autorizativo. Assim, o autor define orçamento público como uma lei que autoriza os gastos que o Governo pode realizar durante um período determinado de tempo.

Nessa vertente, Alberto Deodato (1952) faz a sua conceituação de orçamento público:

O Orçamento é, na sua mais exata expressão, o quadro orgânico da Economia Pública. É o espelho da vida do Estado e, pelas cifras, se conhecem os detalhes de seu progresso, da sua cultura e da sua civilização. Cada geração de homens públicos deixa impressa, nos Orçamentos estatais, a marca de suas tendências, o selo dos seus credos políticos, o estigma da sua ideologia. É fotografia do próprio Estado e o mais eficiente cartaz de sua propaganda. Tal seja ele, será uma alavanca de prosperidade ou uma arma para apressar a decadência do Estado.

Harrison Leite (2020, p. 616) ainda comenta que o crédito público não se confunde com o crédito orçamentário, pois o crédito orçamentário é uma previsão de

gasto autorizado no orçamento, para que qualquer despesa pública seja realizada. O crédito orçamentário pode ter como fonte para sua realização uma operação de crédito e este (o crédito público) é o verdadeiro empréstimo público.

Destarte, Harrison Leite (2020, p. 99) considera que o estudo do Orçamento Público é condição primordial para se entender o direito financeiro, pois qualquer ação do Estado necessariamente perpassa por reflexos financeiros, sendo o orçamento o início e o fim de toda ação estatal.

Assim, verificando o Orçamento Público pelo aspecto autorizativo, considera-se que através dele há o direcionamento de: onde, como, quando e porquê tal verba pública será aplicada nisso ou naquilo, e, mais especificamente ao conteúdo da obra, visualiza-se que através Orçamento Público há ou não as autorizações para a aplicação do dinheiro público em políticas públicas da saúde e dependendo da forma como há esse direcionamento e autorização, em consequência há a proteção do direito à saúde.

Nessa esteira, Ives Gandra Martins (2001) leciona que o orçamento público é um instrumento que tem 04 (quatro) aspectos: o técnico, jurídico, político e econômico.

Assim, pelo aspecto político, verifica-se que reflete a execução do programa do partido, ou seja, acredita-se que o orçamento é feito também através de um olhar político, haja vista que a sua elaboração é a manifestação de ideais e planos do viés político ou as perspectivas do governo que está no poder.

Pelo aspecto econômico verifica-se a importância do orçamento como instrumento na redistribuição de renda, ou seja, um instrumento regulador da Economia. Dessa forma, leva em consideração a conjuntura econômica e os efeitos da política financeira.

Pelo aspecto contábil ou técnico verifica-se que o orçamento deve observar as regras práticas para a realização dos fins apresentados no orçamento. Portanto, é um aspecto formal de organização da contabilização e uniformização das contas públicas.

O aspecto jurídico do orçamento preza pela observância das normas constitucionais e infraconstitucionais para sua elaboração.

Nessa direção Ives Gandra Martins (2001) cita um exemplo de orçamento público ligado ao direito à saúde para visualização dos 04 (quatro) aspectos do orçamento público. Assim, o autor usa como exemplo o financiamento bancário de

uma ambulância por um ente público. Assim, o elemento técnico estaria presente porque, através de cálculos contábeis, se demonstra o grau de endividamento da Administração e sua possibilidade de contrair mais dívidas (adquirir a ambulância); o aspecto jurídico é verificado diante de normas determinantes dos limites percentuais de endividamento e do modo de aquisição do bem. Ademais a Constituição protege o direito à saúde (leis e atos normativos sobre a compra de veículos pela Administração Pública); visualiza-se o aspecto político através da perspectiva de que esse foi o melhor meio encontrado pelo gestor e pelo Legislativo para a proteção da saúde em determinadas situações (veículo ambulância e os fatores positivos de ter esse veículo); e o aspecto econômico também está presente porque deve-se analisar as taxas do financiamento do veículo-ambulância e o momento econômico por que passa a Administração para a escolha desta opção.

Stephen Holmes e Cass R. (2019) consideram que os direitos não têm somente um custo orçamentário, mas também um custo social. Assim, o financiamento de direitos básicos por meio da renda tributária nos ajuda a ver claramente que os direitos são bens públicos: serviços sociais pagos pelo contribuinte e administrados pelo governo, cujo objetivo é aperfeiçoar o bem-estar coletivo e individual.

Nesse contexto, os direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento e apoio público.

Pesando o quesito orçamentário frente aos direitos fundamentais, Horacio Corti (1997) auxilia na pendulação, advertindo que o orçamento deve estar submetido aos direitos fundamentais e não o contrário. Assim, para o supramencionado autor, a Fazenda Pública não está sujeita a critérios singulares hipotéticos, pois se limita e subordina à lógica constitucional. São as leis de arrecadação de receita (dentre as quais as leis de tributação ocupam lugar preeminente) e as leis orçamentárias que devem se sujeitar à Constituição e não esta a aquelas. Em consequência, o Poder Judiciário não pode, e nem deve, consentir que haja uma mutação na hierarquia da ordem jurídica, deixando passar alguma lei específica por uma inusitada categoria de lei supraconstitucional. O autor ainda cita que considera a lei orçamentária a lei das leis, mas não por conta de uma suposta supremacia última dado seu excepcional nível normativo, mas sim devido a suas profundas consequências e a sua indubitosa importância instrumental como meio de realização dos fins constitucionais.

Ademais, Karina Brandão Castro (2014) comenta que um importante instrumento de declaração de direitos sociais foi o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado Protocolo de San Salvador, de 1988. Nesse documento, foi obtido, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o reconhecimento dos direitos sociais relacionados a saúde (art. 10), alimentação (art. 12), educação (art. 13), e constituição e proteção da família (art. 15).

Assim, o artigo 1º do mencionado Protocolo determina:

Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

Assim, consta o compromisso de os Estados adotarem medidas, em especial de ordem técnica e econômica, a fim de obter progressivamente a plena efetividade dos direitos dispostos neste instrumento.

Nesse contexto, através do decreto brasileiro nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, houve a promulgação do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador, citando que no artigo 1º do supramencionado decreto determina que o Protocolo de São Salvador deverá ser executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Nesse sentido, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 823) apontam a importância do financiamento dos direitos sociais:

Os direitos sociais, assim como os direitos fundamentais de um modo geral, são dependentes, para efeitos de sua efetividade, da alocação de recursos materiais e humanos, assumindo, portanto, significativa (maior ou menor, a depender do direito em causa) relevância econômico-financeira. O financiamento dos direitos sociais é, portanto, aspecto central para assegurar a tais direitos níveis adequados de efetividade, de tal sorte que a sua previsão no orçamento público e cobertura pelo sistema tributário (mediante a arrecadação de tributos, taxas e/ou contribuições sociais) ocupa um papel de destaque nas

agendas dos diversos Estados, ademais de adquirir maior ou menor relevância constitucional.

Ante o exposto verifica-se que a doutrina inclina-se favoravelmente aos direitos fundamentais sociais no sentido de uma efetiva atuação da Administração Pública, principalmente referente ao aspecto de utilização do dinheiro público para efetivação e concretização dos direitos sociais, seja em construção de hospitais e contratação de profissionais capacitados, seja a simples manutenção e salvaguarda do que já está em andamento referente ao direito social à saúde.

Assim, pela perspectiva do Orçamento Público Brasileiro, Claudio Carneiro (2020) aponta os seguintes diplomas legais: PPA – Plano Plurianual, LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e LOA – Lei Orçamentária Anual.

Karina Brandão Castro (2014) apresenta seus comentários sobre a temática informando que ao Poder Executivo cabe a iniciativa das escolhas de quais serão os destinos a serem conferidos aos recursos públicos por meio da elaboração dos projetos das três normas orçamentárias previstas constitucionalmente (plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais – artigo 165, I, II e III). E ao Poder Legislativo é reservado o papel de cancelar as propostas iniciais feitas pelo Poder Executivo, adequar as propostas que lhe forem apresentadas ou, até mesmo, rechaçá-las.

Assim, nessas normas, estariam o diagnóstico dos principais problemas do Estado e como devem ser enfrentados pela alocação de recursos públicos.

Nesse contexto, a programação financeira reflete as prioridades econômicas e as diretrizes de investimentos e as definições sobre quais áreas de atuação receberão recursos. Nesse sentido, as decisões postas no orçamento devem legitimar-se pelos valores constitucionalmente protegidos, devendo refletir que a aplicação de tais recursos está levando a sociedade a um futuro melhor.

Em linhas gerais, o Plano Plurianual (PPA) é um planejamento estratégico de médio a longo prazo, previsto no artigo 165, § 1º, da Constituição Federal, ou seja, é a lei que estabelece de forma regionalizada as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública Federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes, bem como as relativas aos programas de duração continuada. É o instrumento pelo qual o Governo do Estado orienta o planejamento e a gestão da administração pública para os próximos quatro anos.

Harrison Leite (2020, p. 204) cita a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) como o elo entre o planejamento (PPA) e o operacional (LOA). Assim, enquanto o Plano Plurianual tem seu objetivo voltado para o planejamento estratégico do governo, a Lei de Diretrizes Orçamentárias tem o conteúdo voltado para o seu planejamento operacional de curto-prazo. A LDO fundamenta-se através do artigo 165, § 1º, da Constituição Federal, estabelecendo as metas e prioridades da administração, orienta a elaboração da LOA, dispõe sobre as alterações na legislação tributária, fixa a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A Lei Orçamentária Anual (LOA) consiste na lei que trata da parte de execução dos projetos previstos nas diretrizes, objetos e metas contidas no PPA e nas metas prioritárias (MP) previstas na LDO. Assim, é a lei que traz no seu corpo os recursos propriamente ditos, prevendo receitas e fixando despesas. Ademais, por força do artigo 165, § 5º, da Constituição Federal a LOA compreende três suborçamentos: o fiscal, de investimentos e o da Seguridade Social.

Nesse sentido, o artigo 194 da Constituição Federal informa que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Harrison Leite (2020, p. 216) considera que o orçamento da seguridade social está em crescente demanda por mais recursos públicos, em virtudes das políticas públicas.

Nesse contexto, Raul Lopes de Araújo Neto (2016) cita que “Considera-se que não deve-se apartar a questão da ordem social e da ordem econômica, pelo contrário, são preceitos que se complementam e merecem destaque como tal.” (ARAUJO NETO, 2016).

Ademais, o Título VIII, capítulo I da Constituição Federal de 1988 trata “da ordem social”, determinando em seu artigo 193 que: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais.” (BRASIL, 1988).

Em contrapartida, verifica-se o exposto no Título VII, capítulo I da Constituição Federal de 1988 que trata Da Ordem Econômica E Financeira. Assim, o artigo 170 determina: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os

ditames da justiça social [...]” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 823) também citam que a Constituição Federal de 1988, além de dispor sobre o orçamento e as finanças em termos gerais, prevê, no título “Da Ordem Social”, regras específicas para o financiamento da Seguridade Social, bem como um piso constitucional de gastos públicos para a saúde e a educação.

Assim, diante de todo o exposto, considera-se que não se deve apartar a questão da ordem social da ordem econômica, pelo contrário, são preceitos complementares e merecem destaque como tal.

Ademais, para Karina Brandão Castro (2014) o orçamento deve ser visto como um órgão de planejamento, tradutor de uma justa e melhor distribuição da receita, em que as escolhas nele descritas são oriundas de sua submissão aos direitos fundamentais e não o contrário.

Evilásio Salvador (2010) considera que o orçamento público deve atender prioritariamente aos direitos sociais, sem restrições financeiras que impeça a sua consolidação e o seu avanço.

Diante do questionamento sobre quais os direcionamentos presentes no nosso ordenamento jurídico sobre o financiamento dos direitos sociais, Élica Graziane Pinto e Salomão Barros Ximenes (2018, p. 11) citam que:

Diferentemente do que usualmente se concebe, não tratamos aqui apenas de regras isoladas na CF88 a fixar piso de custeio em favor dos direitos à saúde (artigo 198) e à educação (artigo 212) ou ainda acerca do orçamento da seguridade social (artigo 165, §5º, III). Na verdade, há uma série de dispositivos que se reforçam reciprocamente em prol da primazia fiscal dos direitos fundamentais voltados à realização dos objetivos constitucionais. Tais normas formam um conjunto integrado e sistêmico de tutela do financiamento suficiente e progressivo dos direitos fundamentais que opera como verdadeiro eixo dirigente e finalístico dos orçamentos públicos no país, forte o bastante para justificar a criação de tributos com destinação específica à seguridade social — contribuições sociais (CF88, art. 149 e 195) — e estabelecer uma exceção à regra geral de não vinculação de impostos (art. 167, IV), em favor do direito à educação (art. 212). (PINTO e XIMENES, 2018, p. 11)

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, a Lei que trata sobre o SUS (lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), a Lei Complementar nº 141, de 16 de janeiro de 2012 e demais leis infraconstitucionais e atos normativos, fundamentam para o direcionamento do orçamento público para as políticas públicas, especialmente para

a proteção do Direito à Saúde, de acordo com a temática.

Ainda no panorama sobre os direitos sociais e as leis orçamentárias, Elida Graziane Pinto (2014, p. 7) considera que a apreensão de que os programas orçamentários devem ser ajustados à realidade – tal como ela se apresenta com seus pressupostos de fato e de direito – justifica a abertura para o administrador de margem de discricionariedade decisória. Contudo, o ordenamento constitucional brasileiro estatuiu diversas políticas públicas como deveres do Estado, além de haver garantido receitas destinadas à seguridade social e patamar percentual mínimo de gasto com saúde e educação.

Isso quer dizer que o receio do próprio administrador que, dependendo do contexto histórico social, abrem margem para a Administração Pública voltar seus olhos para a demanda mais latente, seja de cunho educacional (visando o curso superior para a população, porém esvaecendo o ensino básico e fundamental), seja no quesito ambiental, ou no aspecto do direito à saúde. Assim, deve haver um balanceamento para a resolução dos anseios sociais.

A supramencionada autora ainda apresenta críticas diante do planejamento insuficiente, execução imotivada e abusiva, além de ausência de adequado controle quanto às metas legais e aos seus respectivos resultados.

Destarte, na saúde, o legislador constitucional previu a necessidade de se repartir os recursos da seguridade social, de modo que se permita que as áreas da previdência, assistência e saúde pudessem ser financiadas de maneira equilibrada. Por isso, o texto original da Constituição Federal determinara, no art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que 30% do orçamento da seguridade social vinculado por força do art. 195 seriam o mínimo destinado à saúde. Assim, o diploma legal diz: “Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”.

Assim, diante de uma análise do custeio da política pública de saúde a partir da Constituição Federal de 1988, Pinto, Bahia e Santos (2016, p. 216) apresentam suas considerações da seguinte forma:

O texto originário da Constituição de 1988 buscou, assim, garantir sustentabilidade financeira às ações da seguridade social, por meio da fixação de um justo equilíbrio entre a saúde e as demais áreas (previdência e assistência social) na divisão de seu orçamento na mesma proporção da população atendida. Vale lembrar que – na

política pública de saúde – o universo de cidadãos beneficiários é maior que na previdência social e na assistência social por corresponder a toda a população brasileira, diferentemente dessas últimas. Contudo, tal divisão equitativa nunca ocorreu, pelo contrário. Em 15 de dezembro de 1998, a EC nº 20, por meio da alteração do inciso XI do art. 167, vinculou à previdência social as contribuições constitucionais do art. 195, retirando tanto a saúde como a assistência de sua repartição. A partir dessa data ficou claro que a seguridade social tinha fontes constitucionais específicas para a previdência social e não para as suas três áreas, promovendo, assim, um desequilíbrio entre fontes e financiamento da seguridade social como um todo. (PINTO, BAHIA E SANTOS, 2016, p. 216).

Ademais, a Emenda Constitucional nº 29, em 13 de setembro de 2000 delegou à lei complementar a definição dos percentuais das receitas públicas federativas que lhe seriam destinadas à política pública da saúde.

Assim, com a Lei Complementar nº 141, de 16 de janeiro de 2012, é que se definiu em norma permanente, suscetível de revisão quinquenal, o regime de gastos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, sendo os seguintes percentuais: 12% (doze por cento) da receita de impostos e transferências para os Estados, 15% (quinze por cento) para os Municípios e o valor do ano anterior acrescido da variação nominal do produto interno bruto – PIB para a União.

No que se refere às garantias financeiras referente ao direito à saúde verifica-se que a Lei Complementar Nº 141, de 13 de janeiro de 2012 regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde.

Em contrapartida, há a Emenda Constitucional nº 95 de 2016, que instituiu um novo regime fiscal para vigorar nos próximos 20 (vinte) anos, que foi alvo de críticas, principalmente quanto ao aspecto de garantia dos direitos sociais, em destaque, o direito à saúde.

Referente à Emenda Constitucional nº 95 de 2016, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 825) apresentam suas críticas:

[...] em sendo o caso de se configurar uma progressiva diminuição nos investimentos em saúde e educação em virtude da aplicação das regras veiculadas pela EC 95, os direitos à educação e à saúde poderão vir a ter o seu núcleo essencial colocado em sério risco, visto que, enquanto não atingidos os patamares minimamente suficientes para assegurar, a todos, pelo menos o mínimo existencial e uma posição competitiva em termos internacionais (vale lembrar a péssima posição ocupada pelo Brasil nas diversas pesquisas), o congelamento

dos gastos e mesmo a proibição de seu aumento devem ser censurados por inconstitucionais. (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2019, p. 825)

Ante todo o exposto, analisando as garantias financeiras do direito saúde, verificou-se a importância da previsão de investimentos mínimos em saúde para os três níveis da Federação (União, Estados e Municípios) para a garantia e efetivação deste direito. Assim, o direito constitucional brasileiro elenca a saúde como um direito fundamental social e, ao se concretizar o exposto no texto constitucional, cumpriria-se os dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito para a construção de uma sociedade justa e solidária, erradicando a pobreza e as desigualdades e promovendo o bem.

4.2 Decisões dos Tribunais Superiores – STF e STJ

O Guardião da Constituição é um tema debatido por vários autores e doutrinadores. Angélica Carlini (2014, p. 47) faz a sua crítica informando que nos mais de vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988 os projetos políticos e sociais abrigados pela Carta Constitucional não foram suficientes para a diminuição das desigualdades e acesso aos direitos individuais e sociais. Ademais, a autora destaca:

A falta de políticas mais claras de distribuição de renda, de acesso à educação e saúde públicas de boa qualidade, de pleno emprego, de financiamentos que permitem a aquisição de moradia, além das dificuldades econômicas com a inflação e o desemprego enfrentados em boa parte dos anos de vigência da Constituição Federal, aliados ao *modus operandi* do Estado brasileiro, sempre lento, burocrático e com denúncias sucessivas de corrupção e mau uso do dinheiro público, criaram na população brasileira certa descrença quanto aos seus direitos sociais, embora seus direitos políticos estejam plenamente materializados em sucessivas eleições que ocorrem, de forma sistemática e ininterrupta a cada dois anos, para todos os postos legislativos e executivos.

Mas a Constituição Federal de 1988, no âmbito do elenco de direitos e garantias individuais e coletivos e de direitos sociais, cumpriu integralmente seu papel, consignando no texto todos os direitos fundamentais para a garantia da dignidade da pessoa humana nas múltiplas variáveis que essa garantia pode assumir em nossos dias. (CARLINI, 2014, p. 47).

Diante das críticas de Angélica Carlini (2014, p. 48) remete-se ao questionamento de quem é o Guardião da Constituição.

Carl Schmitt publicou, em 1929, a obra *“Der Hüter der Verfassung”*. Ademais, há o título em espanhol *La Defensa de La Constitución*, com a tradução de Manuel Sanches Sarto, publicado em 1983 e há também a tradução para o português “O guardião da Constituição”, com a tradução de Geraldo de Carvalho, publicação em 2007.

Em sua obra Carl Schmitt questionava o papel do Judiciário como guardião da Constituição, diante disto, o autor negava ao Judiciário o título de guardião da Constituição, pois, segundo sua concepção, somente o Presidente *Reich* (chefe de Estado) teria legitimidade para desempenhar tal função.

Em contrapartida, Em 1931 Hans Kelsen publicou sua teoria reforçando suas ideias sobre a importância das atividades desenvolvidas por um Tribunal Constitucional na seara da jurisdição constitucional.

Hans Kelsen se posicionou veementemente contra a proposta de Carl Schmitt de emprestar ao Presidente do *Reich* a legitimidade para "guardar" a constituição, em detrimento da Corte Constitucional. Assim, para Hans Kelsen o “Guardião da Constituição” refere-se ao órgão cuja função é defender a constituição contra possíveis violações, ou seja, defender-se contra fatos que contradizem a constituição por ação ou omissão.

Nesse contexto, verificando os aspectos gerais da Teoria de Carl Schmitt e da Teoria de Hans Kelsen sobre o Guardião Da Constituição e as perspectivas comparativas referente a atuação dos Três Poderes, entende-se que os Três Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo) devem guardar a Constituição.

Sobre o assunto, a Deborah Dettmam Matos (2017) diz:

[...] É claro que seria possível suscitar que a última palavra sobre qualquer controvérsia constitucional decorreria da expressão “guarda” descrita no caput do art. 102. Seria, entretanto, necessário concordar que o Supremo Tribunal Federal não foi o único guardião escolhido pelo constituinte, não apenas por descrever outras competências reservadas, mas pelo fato da constituição expressamente afirmar, no art. 23, inciso I, que compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios zelar pela “guarda” da Constituição, das leis e das instituições democráticas. [...].

Assim, os três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário são guardiões da Constituição, por força expressa pelo determinado no artigo 23 da Constituição Federal de 1988 (*Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito*

Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público).

Desta feita, diante das leis já em vigência, irá se adentrar agora em decisões judiciais dos tribunais superiores: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, referente a algumas demandas que tratam sobre o direito à saúde.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 45 o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre as demandas relacionadas com a efetivação das políticas públicas. Dessa forma, com a **ADPF 45** firmou-se o entendimento da possibilidade de o Poder Judiciário ter decisões e tomar medidas que providencie a garantia e a eficiência de políticas públicas.

É o que se vê na ementa do supracitado julgado:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). [sic] (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004)

Sobre a possibilidade de o Poder Judiciário está agindo de forma ilegítima com a ADPF 45, o Supremo firmou entendimento de que o Poder Judiciário pode exercer o controle das Políticas Públicas para aferir sua compatibilização com os Direitos Fundamentais, principalmente os Direitos Sociais, pois o Constituinte designou tal poder como o guardião da Constituição e a própria Carta Magna assevera, através de seu artigo 5º XXXV, que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser excluída da apreciação judicial (BRASIL, 1988).

A saber, verifica-se a posição do Supremo Tribunal Federal, manifestada pelo

Ministro Celso de Mello, como sendo favorável ao controle de Políticas Públicas pelo Judiciário, desde que presentes alguns requisitos, quais sejam: [a] limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão [garantia ao mínimo existencial]; [b] razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público [aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade] e [c] a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas [a chamada reserva o possível].

Márcio de Almeida Farias (2017, p. 57) analisando a ADPF 45 também considera que com o resultado desde julgado admitiu-se a intervenção judicial em políticas públicas, entretanto, desde que haja abusividade estatal. Esta abusividade pode ser verificada quando os Poderes Executivo ou Judiciário deixam de cumprir suas obrigações constitucionais, omitindo-se na implementação de políticas públicas.

O supracitado autor (2017, p. 59) exemplifica casos de omissão estatal: quando o Poder público deixa de construir um hospital ou quando não oferece serviços médicos às populações de localidade de difícil acesso. Complementa-se esses exemplos com a falta de estoque de medicamentos básicos e importantes para a população.

Assim, através da ADPF 45, o STF firmou entendimento de se admitir a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, contudo, devendo-se verificar a omissão estatal na prestação do serviço. Com isto, o STF entende que o Poder Judiciário possui legitimidade democrática para intervir em políticas públicas, tendo como direitos sociais a saúde, educação, moradia, entre outros direitos sociais garantidos constitucionalmente.

Merece destaque também a decisão proferida na suspensão de tutela antecipada 175 - STA 175, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, julgado em 2010 pelo plenário do STF, na qual com esta decisão o STF fixou alguns parâmetros para as demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde.

Sobre o assunto, Pinto, Bahia e Santos (2016, p. 225) comentam:

No caso da saúde, o Decreto nº 7.508/2011 dispõe sobre a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) e a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), as quais devem conter os serviços e os medicamentos que o SUS garante à população, uma vez que cabe ao Poder Público, sem reduzir direitos, defini-los. Não obstante parece que as listagens, comuns nos países que garantem acesso universal à saúde, não são consideradas pelo Poder Judiciário brasileiro. A questão da judicialização dos medicamentos exigiu que o STF tentasse uniformizar algumas questões, como as hipóteses de o

medicamento constar da RENAME e não estar disponibilizado pelo Poder Público; o medicamento não constar da RENAME e ser reivindicado; ou, por fim, o medicamento demandado sequer ter sido registrado na ANVISA. A matéria foi tratada nas decisões monocráticas dadas nas Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175 e 178 e também a 244.

Para Otávio Balestra Neto (2015) houve uma nova etapa da evolução jurisprudencial do direito à saúde a partir de meados dos anos de 2000. O supracitado autor considera que os tribunais superiores começaram a superar a ideia de que o direito à saúde e sua diretriz da integralidade significariam um “direito a tudo” e passou-se a uma análise mais minudente do caso concreto, com considerações de ordem técnica, inaugurando na jurisprudência uma série de decisões que negaram aos usuários do SUS determinadas prestações que estariam em desacordo com balizas das políticas públicas previamente delineadas.

Um exemplo desse novo momento da jurisprudência brasileira foi a audiência pública de 2009, no STF, que resultou na estipulação de parâmetros bem mais nítidos para a racionalização da prática judiciária do direito à saúde. Com isto, tem-se a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do STF.

Assim, a STA 175 afirmou-se em verificar a necessidade de redimensionar a judicialização do direito à saúde no Brasil. A seguir, trecho da STA 175:

[...] Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. (STF. STA 175 AgR/CE, Rel. Gilmar Mendes, Dle 10.10.2009)

Para Márcio de Almeida Farias (2017, p. 66), o ministro Gilmar Mendes reconheceu uma situação diferenciada da paciente do caso concreto e, com isto, negou o pedido de suspensão do fornecimento do medicamento.

Os parâmetros traçados oferecem uma resposta abrangente e de certa forma adequada às necessidades de saúde que são judicializadas. Assim, entre esses critérios estão o reconhecimento de que o indivíduo possui direito subjetivo à prestação material prevista na política de saúde, a responsabilidade solidária dos entes federativos na prestação das ações e serviços de saúde, a existência de uma presunção relativa em favor do registro de medicamentos na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e regularmente oferecidos pelo SUS, a vedação de fornecimento de medicamentos e tratamentos experimentais (sem comprovação científica), e a possibilidade de controle judicial da atualização das listas de medicamentos oferecidos pelo SUS, imprescindendo-se, nesta hipótese, de ampla produção de provas.

Verifica-se os parâmetros utilizados pelo relator Ministro Gilmar Mendes:

1. O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Isso porque, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

1.1. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é preciso verificar se a falta de prestação de saúde decorre de:

1.1.1. omissão legislativa ou administrativa;

1.1.2. decisão administrativa de não a fornecer; ou

1.1.3. vedação legal expressa à sua dispensação.

2. O segundo dado a ser considerado é a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

Nessa hipótese, podem ocorrer duas situações:

2.1. A primeira, quando o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente.

2.2. A segunda situação ocorre quando o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

Nesses casos, é preciso diferenciar (2.2.1) os tratamentos puramente experimentais dos (2.2.2) novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.
(STF. STA 175 AgR/CE, Rel. Gilmar Mendes, Dle 10.10.2009)

Márcio de Almeida Farias (2017, p. 70) analisando o resultado da STA 175 também considera que os parâmetros fixados pela decisão são uteis para efetivação do direito à saúde no Brasil de forma justa, pois visa uma fundamentação coerente e plausível com critérios rígidos na concessão de decisões judiciais envolvendo o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos.

Pedro Lenza (2017) também alerta sobre o posicionamento do STF no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde (o tratamento médico adequado aos necessitados deve ser entendido como um dos deveres do Estado, podendo o polo passivo da demanda ser integrado por qualquer um dos referidos entes federativos, isolada ou conjuntamente).

Assim, o supracitado autor (p. 1274) destaca os preceitos normativos: a) art. 23, II, da CF/88, que estabelece ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; b) art. 195, caput, da CF/88, que informa sobre o financiamento do SUS, além de outras fontes, se implementa com recursos da seguridade social provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do DF e dos Municípios; c) art. 7.º, XI, da Lei n. 8.080/90 determina que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda, dentre outros princípios, à conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população.

Em contrapartida, Pinto, Bahia e Santos (2016, p. 227) consideram que a responsabilidade solidária na saúde tem sido um dos problemas mais cruciais da judicialização, tendo em vista que ela, tal como vem sendo aplicada e decidida judicialmente, aprofunda a desorganização do SUS e onera Municípios que não têm a responsabilidade por aquela prestação de saúde específica, que ficou acordado ser de outro ente na rede interfederativa de saúde.

Nathalia Masson (2016, p. 323) considera que está pacificado no STF a posição de que o tratamento médico adequado aos necessitados está inscrito no rol dos deveres do Estado, sendo de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que podem figurar no polo passivo da demanda judicial qualquer um deles, tanto em conjunto, quanto separadamente.

Nesse contexto, frisa-se o entendimento extraído do Recurso Extraordinário 855.178, tendo como relator o Ministro Luiz Fux, que teve repercussão geral reconhecida. A seguir, o supracitado julgado diz:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. [...]

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito 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. Examinemos cada um desses elementos. [...] (2) dever do Estado: 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, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196. (RE 855178 (RG)-PE, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05.03.2015)

Márcio de Almeida Farias (2017, p. 117) considera que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de condicionar a reserva do possível à garantia do mínimo existencial, ou seja, o STF aceita a teoria da reserva do possível, mas desde que o Estado garanta a parcela mínima do direito fundamental, necessária a uma vida digna.

Destarte, sobre a matéria da judicialização da saúde Pinto, Bahia e Santos (2016, p. 233) consideram que a judicialização da saúde demonstra haver graves vazios assistenciais do SUS. Na quadra atual em que o direito à saúde se encontra, é preciso francamente assumir que melhorar o SUS significa evitar novas demandas judiciais, antecipando-as no esforço de um planejamento orçamentário e

administrativo que – tanto quanto possível – absorva o diagnóstico de vazios assistenciais e de déficit de cobertura.

Otávio Balestra Neto (2015) considera que a atual jurisprudência dominante nos dois tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) tem observado os critérios postos pelas políticas públicas sanitárias estabelecidas pelo Estado brasileiro, sem se olvidar de conceder tutelas jurisdicionais especiais para situações específicas e graves, ponderando no caso concreto o direito do cidadão a ter providas suas necessidades sanitárias e os critérios da Administração Pública para o fornecimento das prestações materiais em saúde.

Pinto, Bahia e Santos (2016, p. 211) consideram que a insuficiência do financiamento público no Brasil para a garantia da efetividade do direito à saúde convive com a perversa equação em que os Estados e os Municípios são os primeiros a responder pelo custeio das demandas sociais, cada vez mais judicializadas, enquanto a União contribui proporcionalmente cada vez menos, a despeito de haver aumentado paulatinamente sua base de arrecadação.

Considera-se que deve ser construído um diálogo melhor entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça, sendo que o Judiciário deve cobrar o efetivo fornecimento das prestações de saúde já incorporadas e considera-se imprescindível a atuação em causas coletivas, devido a saúde ser um direito social.

Nesse contexto, a teoria da reserva do possível e do mínimo existencial, apesar de contrapostas, atuam como fator limitador e fundamentam as decisões judiciais. Verifica-se também que com a interpretação da máxima efetividade busca-se o mínimo existencial.

4.3 Mitigação entre as teorias.

Sabe-se que mitigar significa suavizar, ou seja, deixar menos intenso e/ou desagradável algo. Nesse contexto, sabendo que a teoria da reserva do possível é uma limitação baseada na insuficiência de recursos, vislumbra-se através da teoria do mínimo existencial o firmamento para a concretização de direitos sociais, como forma de promoção da dignidade da pessoa humana. Assim, verificar-se-á a importância da mitigação da teoria da reserva do possível pela teoria do mínimo existencial.

Nesse contexto, Robert Alexy (2012, p. 512) entende que, na esfera de

direitos sociais, há um padrão mínimo que deve ser satisfeito, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas (direito a formação escolar, moradia simples, padrão mínimo de atendimento à saúde). Assim, o autor apresenta as seguintes considerações:

O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. A resposta detalhada a essa questão é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais. Mesmo assim, é possível dar aqui, uma resposta geral. Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade fática de outrem) forem afetados em sua medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica. (ALEXY, 2012, p. 512).

Para resolver esses conflitos, Robert Alexy (2012) recorre à técnica da ponderação, salientando a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. O autor cita que de um lado está sobretudo o princípio da liberdade fática e do outro lado estão os princípios formais, da liberdade decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos.

Nesse sentido, abordou-se no capítulo anterior sobre a Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. Assim, diante de notória dissonância vislumbra-se a mitigação entre essas teorias/princípios como uma forma de promoção da dignidade da pessoa humana.

Destarte, Daniel Sarmiento (2016, p. 332) ainda comenta que do ponto de vista jurídico, uma solução neutra para esta controvérsia é localizar o fundamento normativo do mínimo existencial no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio apela tanto à liberdade material, como à democracia e ao

atendimento de necessidades básicas das pessoas.

Passando a centrar a nossa atenção na dignidade da pessoa humana, desde logo há de se destacar a importante relação entre a dignidade (da pessoa) humana, os direitos humanos e os direitos fundamentais, constituindo os postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo.

Assim, a dignidade vem sendo considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo ser humano e essa importância fundamenta a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituindo-se meta permanente da humanidade, bem como, do Estado Democrático de Direito.

Eduardo Bittar (2010) leciona que “a ideia de dignidade da pessoa humana hoje, resulta, de certo modo, da convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo construídas desde longa data na cultura ocidental”.

Para Daniel Sarmento (2016, p. 98) o princípio da dignidade, que tem campo de incidência extremamente amplo, vincula o Estado e os particulares, envolvendo prestações positivas e negativas. Assim, o autor considera que o princípio da dignidade da pessoa humana desempenha múltiplas funções na ordem jurídica brasileira. Trata-se, em primeiro lugar, de fundamento da legitimidade do Estado e do ordenamento jurídico. Tal princípio é, ainda, critério para interpretação e integração das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais em todos os ramos do Direito. A dignidade funciona também como parâmetro para a ponderação entre interesses constitucionais conflitantes, atribuindo um peso *prima facie* superior aos direitos e interesses que lhe sejam mais próximos. Assim, a dignidade humana é assegurada através dos direitos positivados na Constituição, mas também por meio da incidência direta do princípio da dignidade sobre a ordem jurídica e relações sociais.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º (primeiro) já preceitua como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, concorda-se com a inclinação de Bernard Edelman (1999), de que qualquer conceito (inclusive jurídico) possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido.

Desta feita, a partir da concepção judaico-cristã e pelo exposto no Antigo e

Novo Testamento da Bíblia a dignidade do homem sempre esteve respaldada na semelhança com Deus.

Ademais, na antiguidade clássica, período de ascensão das civilizações grega e romana, a dignidade estava relacionado com a posição social, ou seja, anteriormente havia uma vinculação entre as elites políticas das sociedades e a vinculação da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, ganhou força o Estoicismo, através do filósofo romano Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.). Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet (2015, posição 517) cita que foi a partir de Cícero e seu pensamento estoico que houve a compreensão da noção de dignidade desvinculada ao cargo ou posição social, abordando-se assim o sentido moral e sociopolítico de dignidade. Nas palavras do autor:

Assim, já no pensamento estoico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade. [...] – é possível reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na acepção estoica referida) e sociopolítico de dignidade (aqui no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo).

Ademais, sabe-se que em meados no século IV (ano 380 depois de Cristo), o cristianismo tornou-se a religião oficial do Império Romano. Destarte, através do pensamento do Papa São Leão Magno (que foi papa entre os anos de 440 a 461 d.C.), fortificou-se o significado de dignidade e Deus: “Toma consciência, ó cristão da tua dignidade, já que participas da natureza Divina”. Assim, baseava-se que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo.

Ademais, Ingo Wolfgang Sarlet (2015, posição 561) cita que foi no pensamento de São Tomás de Aquino (1225-1274) que restou afirmada a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua

dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade.

Eduardo Bittar (2005) descreve a teoria tomista através da preocupação com a razão prática e com a ética. Assim, a razão prática é o instrumento de que se vale o homem para eleger meios para o alcance de fins, estes também livremente por si escolhidos. E a atividade ética consiste exatamente em, por meio da razão prática, discernir o mal do bem e executar o escolhido mediante a vontade, destinando-se atos e comportamentos para determinado fim, que é o bem.

Nesse contexto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2018) ainda comenta que:

[...] fala-se em pessoa, conceito que provém do Cristianismo e que aponta para a dignidade do homem insusceptível de ser mero objeto. A personificação do homem foi uma resposta cristã à distinção, na Antiguidade, entre cidadãos e escravos. Com a expressão pessoa obteve-se a extensão moral do caráter de ser humano a todos os homens, considerados iguais perante Deus. No direito, assim, o homem é para o homem sempre pessoa, nunca objeto, vai dizer Kant. Pessoa, obviamente, significa o indivíduo físico, a chamada pessoa física ou natural.

Ademais, para Picco della Mirandola (1463-1496), filósofo italiano, a dignidade está na capacidade do homem de raciocinar, de tomar consciência da sua liberdade, e, por isso, o homem é o ser mais digno da criação de Deus.

Destarte, Thomas Hobbes (1588-1679) considera que o valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado, é o que os homens vulgarmente chamam dignidade. Assim, sua avaliação exprime a dignidade através de cargos de direção, funções judiciais e empregos públicos, ou pelos nomes e títulos introduzidos para a distinção de tal valor. Nesse sentido, Hobbes considera que o valor do homem, assim como as outras coisas, é o seu preço e o uso de seu poder. Exemplifica que um hábil condutor de soldados é de alto preço em tempo de guerra presente ou iminente, porém, não tem valor em tempo de paz, em contrapartida, um juiz incorruptível é de grande valor em tempo de paz, porém, não o é tanto em tempo de guerra. Assim, para Hobbes, o valor (dignidade) deve ser atribuído pelos outros.

Nesse desenvolvimento histórico, Ingo Wolfgang Sarlet (2015, posição 602) cita que foi no âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Assim, verificou-se que inicialmente o conceito de dignidade estava vinculado

ao status social que ocupava o indivíduo, posteriormente foi fundamentado o conceito de dignidade diante da imagem e semelhança do ser humano com Deus e com os pensamento de alguns jusnaturalista, inclinou o seu direcionamento para a razão e o valor atribuído ao indivíduo.

Destarte, identificou-se a importância que alguns autores atribuem à teoria de Immanuel Kant (1724-1804), haja visto a consideração de ter sido a partir de Kant a concepção de dignidade partindo da autonomia ética do ser humano.

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet (2015, posição 659) comenta que Kant constuiu sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, sinalando que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.

Luis Roberto Barroso (2014, p. 70) analisando as obras de Kant verificou que este divide a filosofia em três partes: lógica, que é a filosofia formal aplicada a todo o pensamento; física, que lida com as leis da natureza e descreve o mundo como ele é; e ética, que tem como objeto a vontade humana e prescreve o que ela deve ser.

Assim, para Kant a ética é o domínio da lei moral, composta por comandos que regem a vontade que está em conformidade com a razão. Tais comandos expressam um dever-ser, um imperativo, que pode ser hipotético ou categórico.

O imperativo hipotético é a ação possível, guia o homem para alcançar os objetivos práticos. Assim, a ação é boa como meio para alguma coisa, é um dever por inclinação. É um guia dos objetivos práticos.

Já o imperativo categórico é a ação em si mesma, ela é objetivamente necessária. A ação é boa em si, é o dever pelo dever, é fazer o bem por dever e não por inclinação.

Immanuel Kant (1724-1804) ainda afirma: *“Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal (Kant, Crítica da razão prática, trad., 1995).”*

Nesse contexto, ética kantiana é inteiramente baseada nas noções de razão e dever, na capacidade do indivíduo dominar suas paixões e interesses próprios e descobrir, dentro de si mesmo, a lei moral que deve orientar sua conduta.

Luis Roberto Barroso (2014, p. 72) ainda comenta que na ideia kantiana as

peessoas devem ser tratadas como fins em si e nunca como simples meios para a realização de fins alheios ou de metas da coletividade, pois cada ser humano, em síntese, possui um valor intrínseco. Assim, a dignidade que impõe a não instrumentalização da pessoa humana, resultando o imperativo de que cada indivíduo seja concebido sempre como um sujeito e não como um objeto.

Assim, na concepção kantiana a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia a coisificação e instrumentalização do ser humano.

Daniel Sarmento (2016, p. 103) e Luis Roberto Barroso (2014, p. 112) também apresentam três sentidos para a dignidade, relacionando-os: 1) dignidade como status superior de certas pessoas, pela sua posição social ou pela função que exercem – *valor comunitário*; 2) dignidade como virtude de alguns indivíduos, que agem e se portam de maneira ativa – *autonomia*; e 3) dignidade como o *valor intrínseco*, atribuído a cada pessoa humana.

Assim, Daniel Sarmento (2016, p. 104) afirma:

No Direito contemporâneo, a palavra “dignidade” tem sido usada em um terceiro sentido, geralmente associado aos direitos humanos.

A dignidade é empregada como qualidade intrínseca de todos os seres humanos, independentemente do seu status e da sua conduta. A dignidade é ontológica, e não contingente. Em outras palavras, todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro. E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. O homicida e o torturador têm o mesmo valor intrínseco que o herói e que o santo. A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular. (SARMENTO, 2016, p. 104).

Ante o exposto, identificou-se que atualmente o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta-se justamente no valor intrínseco, ou seja, inerente a cada pessoa humana.

Assim, o estudo e a análise do significado de dignidade é primordial para entendermos a importância deste princípio no nosso ordenamento jurídico e basear-se para a devida promoção da dignidade da pessoa humana, relacionando-se também

com o direito fundamental à saúde, como proposta obra.

Daniel Sarmiento (2016, p. 15) vê com bons olhos a importância atribuída à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global, atribuindo que deve haver uma saudação diante do avanço civilizatório. Ademais, considera que se trata de princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão. Afirma ainda que é promissor que tal princípio tenha passado a desempenhar papel de destaque nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, posição 980) em suas considerações apresenta sobre a dimensão dúplici da dignidade, informando que a dignidade se manifesta simultaneamente enquanto expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado,

Destarte, não se defende aqui o princípio da dignidade humana unicamente pelo aspecto absoluto. Grandes doutrinadores defendem o caráter relativo ao princípio da dignidade humana. Nesse sentido, Daniel Sarmiento (2016, p. 96) cita que a posição de que o princípio da dignidade não é absoluto foi advogada na Alemanha, dentre outros autores, por Robert Alexy e Michael Kloepper. E na doutrina nacional, a tese é sustentada por Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, dentre outros, e a inclinação para esse relativismo parece acertada por várias razões.

Daniel Sarmiento (2016, p. 97) comenta que a afirmação do caráter absoluto do princípio da dignidade, embora confortável do ponto de vista retórico, conduz na prática a resultados que poucos aceitariam. Assim, o autor cita o exemplo do sistema carcerário brasileiro que, ao haver a aplicação do princípio da dignidade humana como absoluto, existiria exigências para que fossem soltos desde já todos aqueles que estivessem presos em condições degradantes.

Ademais, em suas considerações Daniel Sarmiento (2016, p. 98) afirma:

Enfim, em uma sociedade hipercomplexa como a nossa, não me parece viável sustentar o caráter absoluto de um princípio que tem a pretensão de disciplinar tantas questões e dimensões das relações sociais. A tese soa bem, é politicamente correta, mas, se efetivamente observada, conduz a resultados práticos inviáveis. O Direito, como disciplina prática, não pode ser indiferente às consequências das

concepções que adota, e a teoria jurídica não deve tentar “tapar o sol com a peneira”, fingindo que é possível realizar o impraticável.

Nada obstante, afirmar que a dignidade humana é relativa não equivale a recusar a natureza absoluta de algumas das suas concretizações. A proibição da tortura, por exemplo, é absoluta. Nenhuma situação pode justificá-la, jamais. Mas não se pode dizer o mesmo de todas as múltiplas projeções e implicações da dignidade humana. Ademais, negar o caráter absoluto da dignidade humana não significa aceitar a banalização das restrições a esse princípio. Apesar de não ser absoluta em toda a sua extensão, a dignidade humana, pela sua estatura moral e relevância ímpar em nosso sistema constitucional, deve assumir um peso abstrato muito elevado na ponderação de interesses, de forma que, nos casos em que esteja efetivamente presente, ela quase sempre prevaleça no confronto com outros bens e princípios. (SARMENTO, 2016, p. 98)

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso (2014, p. 64) cita que existem situações inevitáveis em que a dignidade humana terá de ceder, ao menos parcialmente, entretanto, é razoável afirmar que a dignidade humana normalmente deve prevalecer.

Assim, apesar da doutrina atual não considerar mais a dignidade humana como um princípio absoluto, reconhece-se que a ponderação inclinada a favor da dignidade humana é plausível e, de certo modo, primordial.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, posição 1168) buscando apresentar uma conceição jurídica da dignidade da pessoa humana cita:

[...] dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2015, POSIÇÃO 1168)

Desta feita, Luís Roberto Barroso (2014, p. 64) ainda comenta que como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral, quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.

Ademais, Rizzatto Nunes (2010, p. 70) também considera que realmente é a dignidade que dá o parâmetro para a solução do conflito de princípios, é ela a luz de todo o ordenamento. Tanto no conflito em abstrato de princípios, como no caso real,

concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete — que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade — para a busca da solução.

Assim, balanceando-se a teoria da reserva do possível e a teoria do mínimo existencial, a mitigação é a alternativa viável, haja vista também, como já fora explanado no capítulo dois, para a teoria da reserva do possível ser invocada plausivamente a insuficiência de recursos deve ser provada pela Administração, ou seja, deve haver a comprovação para ter respaldo.

Nesse sentido, verifica-se que o padrão mínimo social para sobrevivência deverá incluir um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica, vestimentas, a educação, moradia. Destarte, não se rotula aqui que unicamente estes são os requisitos para o mínimo existencial, haja vista que a sociedade está em constante mudança e assim novas necessidades vão surgindo.

Diante disto, Ana Paula Barcellos (2002, p. 197) argumenta:

Ora, se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, ou seja, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, “estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma formula totalmente vazia” (BARCELLOS, 2002, p. 197)

Consoante o exposto, José J. Gomes Canotilho (2002) fala que o Estado deve garantir a eficácia dos direitos sociais e este mesmo Estado não pode reduzir, anular ou revogar o que hoje se entende como mínimo existencial, devendo vedar todas as medidas legislativas tendentes a isso.

Relaciona-se o exposto ao princípio da vedação/proibição do retrocesso social, dando-se a conceituação através dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2002, p. 379):

A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de norma que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. (BARROSO, 2002, p. 379)

Daniel Sarmiento (2016, p. 239) brilhantemente aponta o mínimo existencial como um componente essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que se busca assegurar aos cidadãos as condições materiais básicas para a vida digna. Assim, a sua proteção corresponde a um “ piso ” para a atuação do Estado na seara da justiça social e não a um “ teto ”.

Desta feita, Daniel Carlos Neto (2018, p. 30) também volta seus pensamentos para a afirmação de que o mínimo existencial está ligado à dignidade da pessoa humana e deve ser guardado pelos direitos sociais prestacionais de modo a oferecer condições mínimas à população.

Assim, a mitigação da teoria da reserva do possível pela teoria do mínimo existencial auxilia na dinâmica do confronto entre essas duas teorias.

Desta feita, diante da característica de complementariedade dos Direitos Fundamentais, verifica-se que estes devem ser aplicados de maneira conjugada visando máxima proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, uma forma de promoção da dignidade da pessoa humana é analisando o direito a saúde como um direito fundamental social, sendo necessária a mitigação da teoria da reserva do possível pelo mínimo existencial.

Ana Paula Barcellos (2002) também identifica a priorização do mínimo existencial, apontando que os meios financeiros não são ilimitados, pois os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados, ou seja, o mínimo existencial deve ser atendido com prioridade.

Pelo exposto, José J. Gomes Canotilho (2002, p.481) leciona que:

Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos por todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “ reserva dos cofres cheios ” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais, se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais. (CANOTILHO, 2002, p. 481)

Assim, analisando a saúde como um direito fundamental social, verifica-se que a mitigação entre a reserva do possível e o mínimo existencial é uma forma de promoção da dignidade da pessoa humana, fundamentando-se também na vedação do retrocesso social, para assim, a sociedade continuar caminhando para o cumprimento dos objetivos República Federativa do Brasil considerando seus fundamentos, inclusive como Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÕES

Analisar quais são os direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito é importante para se poder observar a evolução histórica desse Estado. Nesse sentido, a partir da ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição, avança-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais, afastando-se da visão opressora de antigos regimes.

Nesse sentido, verifica-se que o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado e o termo “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos, em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.

Ademais, na contemporaneidade há a classificação de 05 dimensões de direitos fundamentais, sendo estas: (1) a primeira dimensão diz respeito aos direitos civis, políticos e às liberdades clássicas; (2) a segunda dimensão compreende os direitos econômicos, sociais e culturais; (3) a terceira dimensão associa-se aos direitos à um meio ambiente equilibrado, uma qualidade de vida saudável, progresso, paz, autodeterminação dos povos etc; (4) já os direitos de quarta dimensão estão ligados aos direitos decorrentes da engenharia genética, os direitos tecnológicos e direitos de informação; (5) relacionando-os uns autores com a paz e outros com o âmbito cibernético e da informação.

Porquanto, afirma-se que o direito à saúde é um direito fundamental de

segunda dimensão diante do seu aspecto como direito social.

Destarte, o direito à saúde, sendo um direito segunda dimensão, é um direito fundamental social, e para que este ele seja efetivado, necessssita-se de eficaz atuação estatal no que tange ao implemento de políticas econômicas e sociais.

Sabe-se que o Brasil adotou a república para a forma de governo, escolhendo o presidencialismo para o sistema de governo e a federalização como forma de Estado. Assim, a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 é conhecida como “Constituição Cidadã”. Destarte, a Constituição Federal de 1934 também destacou-se com suas inclinações para a proteção aos direitos sociais.

Referente ao conceito de saúde, atualmente, o conceito adotado mundialmente é o trazido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) definindo a saúde como: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” (OMS, 1946).

Contudo, sabe-se que ao longo da construção social e histórica, saiu-se do conceito simples de saúde como “ausência de doença” para um conceito mais amplo, envolvendo questões biológicas, comportamental, social, ambiental, política e econômica.

O ideal é se buscar a promoção da saúde como um direito fundamental social, assim como preceita a Constituição Federal de 1988. Ademais, no Direito Brasileiro há decisões judiciais importantes para análise do direito fundamental social à saúde.

Com o julgado da ADPF 45 o Supremo entendeu que o Poder Judiciário pode exercer o controle das Políticas Públicas para aferir sua compatibilização com os Direitos Fundamentais, principalmente os Direitos Sociais, pois o Constituinte designou tal poder como o guardião da Constituição, e a própria Carta Magna assevera, através de seu artigo 5º XXXV, que nenhuma lesão ou ameaça de lesão ao direito poderá ser excluída da apreciação judicial.

Outra decisão importante na esfera da temática sobre a judicialização da saúde foi a suspensão de tutela antecipada 175, em que o STF definiu parâmetros que são considerados uma resposta abrangente, e de certa forma adequada, às necessidades de saúde que são judicializadas.

Nos termos do artigo 5º, §1º da CF/88 o ordenamento as normas definidor dos

direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, nesse sentido, as normas constitucionais dos artigos 6º e 196 da CF/88, que tratam sobre a saúde, são normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, podendo o indivíduo exigir do Poder Judiciário sua implementação, inclusive, mediante acesso ao Judiciário.

A teoria da reserva do possível apresenta-se como uma forma de restrição orçamentária por parte dos poderes públicos, assim essa teoria busca limitar a atuação do Estado no âmbito da efetivação de direitos sociais e fundamentais, prezando pelo direito da maioria. Nesse contexto, a teoria da reserva do possível é uma limitação jurídico-fática visando a restrição orçamentária. Com relação à teoria do mínimo existencial, verifica-se que esta teoria está relacionada com a delimitação em grupos de direitos fundamentais formados pelos bens mais básicos e essenciais a uma vida digna.

A teoria da reserva do possível pode ser observada pelo aspecto jurídico e pelo aspecto fático. Nesse contexto, pelo mero aspecto jurídico, considera-se que não se deve sobrepor a teoria como justificativa para a não realização do dever estatal de prestação do serviço público e de medidas importantes para a sociedade, como as políticas públicas. Entretanto, pelo aspecto fático, deve-se verificar o caso concreto, principalmente nas demandas sobre o direito à saúde, porque em muitos casos é a vida do paciente através do direito à saúde que está sendo decidido.

Em contrapartida, no nosso ainda atual Estado de Bem Estar Social verifica-se que a mera alegação do Estado de que não possui recursos no orçamento, ou seja, alegação de deve ser aplicada a teoria da reserva do possível, não é suficiente para eximi-lo de sua responsabilidade.

Diante disso, a razoabilidade e a proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à saúde, o princípio da vedação do retrocesso social vedação devem auxiliar nas decisões judiciais, e, na tomada de decisões pelo poder público, principalmente com relação às leis orçamentárias, pois, pelo aspecto fático da teoria da reserva do possível, a simples alegação pelo Poder Público de que não dispõe de recursos para implementar a Política Pública, não é suficiente para ser invocada a teoria da reserva do possível, assim, a insuficiência de recursos deve ser provada pela Administração, vigorando então a regra da inversão do ônus da prova.

A teoria do mínimo existencial está associada ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o

art. 1º, III CF/1988. Assim, esta teoria está relacionada com a realização e a efetivação dos direitos sociais já utilizada como fundamento para decisões judiciais.

Frisa-se ainda as dimensões negativa e positiva referente ao mínimo existencial. A dimensão negativa impede os atos tendentes a privar os indivíduos de bens e valores essenciais para uma vida digna. Já a dimensão positiva lastreia a exigibilidade de direitos prestacionais básicos. O mínimo, por outro lado, não se esgota nas prestações expressamente previstas pelo texto constitucional. Pelo contrário, um dos seus papéis mais relevantes é assegurar o acesso a outros bens e serviços essenciais à vida digna que não foram explicitamente garantidos pela Constituição, como energia elétrica, saneamento básico e vestuário adequado.

De fato, as necessidades “básicas” da sociedade vão se alterando no decorrer do tempo. No século XIX não se imaginaria a diferença da qualidade de vida nos dias atuais, com a energia elétrica, água potável, saneamento básico, direito à saúde, entre outros.

De tal modo, há o reconhecimento de omissões sobre as carências enfrentadas pela população no âmbito da saúde pública e há a necessidade de aproximação entre todos os agentes envolvidos, com diálogo entre o poder público e a sociedade para proposições de alternativas para melhorar a eficiência da prestação ao direito à saúde.

Ademais, o próprio conceito de dignidade foi alterado e modulado no decorrer da história da humanidade. Assim, a dignidade vem sendo considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo ser humano, e, essa importância fundamenta a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituindo-se meta permanente da humanidade, e do Estado Democrático de Direito.

Considera-se que deve ser construído um diálogo melhor entre os 03 Poderes sobre o Sistema de Saúde, ficando a cargo do Judiciário o dever de cobrar o efetivo fornecimento das prestações de saúde já incorporadas e considera-se imprescindível a atuação em causas coletivas, devido a saúde ser um direito social.

Ademais, diante da característica de complementariedade dos Direitos Fundamentais, verifica-se que estes devem ser aplicados de maneira conjugada visando máxima proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, uma forma de promoção da dignidade da pessoa humana e analisando o direito a saúde como um direito fundamental social, sendo necessária a mitigação da teoria da

reserva do possível pelo mínimo existencial.

Ante todo o exposto, analisando as garantias financeiras do direito saúde, verificou-se a importância da previsão de investimentos mínimos em saúde para os três níveis da Federação (União, Estados e Municípios) para a garantia e efetivação deste direito. Assim, o direito constitucional brasileiro elenca a saúde como um direito fundamental social, e, concretizando-se o exposto no texto constitucional cumpriria-se os dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito para a construção de uma sociedade justa e solidária, erradicando a pobreza e as desigualdades e promovendo o bem.

Sabe-se que mitigar significa suavizar, ou seja, deixar menos intenso e/ou desagradável algo. Nesse contexto, sabendo que a teoria da reserva do possível é uma limitação baseada na insuficiência de recursos, vislumbra-se através da teoria do mínimo existencial o firmamento para a concretização de direitos sociais, como forma de promoção da dignidade da pessoa humana.

Assim, analisando a saúde como um direito fundamental social, verifica-se que a mitigação entre a reserva do possível pelo mínimo existencial é uma forma de promoção da dignidade da pessoa humana, fundamentando-se também na vedação do retrocesso social, para assim, a sociedade continuar caminhando para o cumprimento dos objetivos República Federativa do Brasil considerando seus fundamentos, inclusive como Estado Democrático de Direito.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**, p. 58. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, São Paulo: Renovar, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. **O conceito jurídico de invalidez no direito previdenciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. v. 1. 180p

ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. **Teoria Geral do Direito Previdenciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2020. v. 1. 253p .

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2002

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. – 3. reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. **“Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade”**, in: ALMEIDA FILHO, Agassi; MELGARÉ, Plínio (Org.), Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 246-247.

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. (2002). **Novo Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. (1988). **Constituição da República Federativa**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA nº 175/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Decisão de 16.06.2009. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. >. Acesso em: 28 set. 2021.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

CARLOS NETO, Daniel. **Judicialização da Saúde Pública: Uma Análise Contextualizada**. Editora Motres. Edição do Kindle.

CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro** – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASTRO, Karina Brandão **O Papel Do Orçamento Na Efetivação De Direitos Sociais**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 131-148, ago. 2014

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, Curitiba, n. 22, p. 27, jul./dez. 2003.

CORTI, Horacio Guillermo. **Crítica y defensa de la supremacia de la Constitución**. La Ley, Buenos Aires, 1997f. Disponível em: . Acesso em: 12 jan. 2014

DEODATO, Alberto. **Manual de ciência das finanças**. 4, ed. São Paulo; Saraiva, 1952. p. 287.

DETTMAM, Deborah. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular**. Tese de Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno – Novas Perspectivas**. Tradução de Antnio Manuel Hespanha, Cristina Nogueira da Silva. Fundação Calaste Gulbenkian, Serviço de Educação e Bolsas. Lisboa, 2007.

EDELMAN, Bernard, **La dignité de la personne humaine, un concept nouveau**, in: PAVIA, Marie-Luce; REVETT, Thierry (Dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris: Economica, 1999, p. 25-34.

ESPING-ANDERSEN, G. (1990). **The Three Worlds of Welfare Capitalism**. Princeton: Princeton University Press.

FARIAS, Márcio de Almeida. **Judicialização da Saúde: Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação** – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

FILHO, Tarcísio; LELIS, Davi, Elpídio SEGUNDO e OLIVEIRA, Fabiano OLIVEIR. **A ‘Revolução Conservadora’: Do Consenso Keynesiano Ao Consenso De Washington**. *Direito Econômico: Estudos em Homenagem ao Professor Giovani Clark*. Belo Horizonte, D'Plácido Editora, 2015, 15-139.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Trad. Álvaro de Vita. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

GLOECKNER, Joseane Ledebum. **A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde**. *A&C:Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003- Trimestral ISSN: 1516-3210.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <<https://www.google.com/search?q=O+controle+das+pol%C3%ADticas+p%C3%BAblicas+pelo+Poder+Judici%C3%A1rio.+&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b-ab>> Acesso em: 20 nov. 2019.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. São Paulo: Loyola, 2014. Hayek, Friedrich August von. **O caminho da servidão**; tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. — 5. ed. — Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HENRIQUES, Antonio. MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: porque a liberdade depende de impostos**. Editora Martins Fontes. São Paulo: 2019.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Título original: *Der Kampf um's Recht*. Tradução de João de Vasconcelos. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Artur Morão. 1995.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins, 2007, pgs. 237 à 298.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9ª ed.rev., atual e ampl – Salvador: JusPODIVM, 2020.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **As implicações Recíprocas entre os Valores e o Direito. Constituição e Democracia** (Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Gomes Canutilho) Coordenadores: Paulo Bonavides e Francisco Gerson M. Lima. 01ed.São Paulo - SP: Malheiros, 2006, v. 01, p. 189-207.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O Livro dos Valores**. 2. ed. São Paulo: All Print Editora, 2017.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção de políticas públicas**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. 2, ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 210. 4.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MASSONETTO, Luís Fernando. **O Direito Financeiro No Capitalismo Contemporâneo: A Emergência De Um Novo Padrão Normativo**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2006.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional do dignidade do pessoa humono: doutrino e jurisprudência**. 3. ed. rev. e ompl. - São Poulo: Soroivo, 2010.

PESSOA, Robertsonio Santos. **Direito Administrativo**. 4ª Edição. Editora Lumen Juris, Teresina. 2020.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Desigualdade e tributação na Era da austeridade de seletiva** / Ricardo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019

OLIVEIRA, Rodrigo Rios Faria De; SILVA Rodrigo Menezes. **Direito À Saúde: A Reserva Do Possível E O Mínimo Existencial**: 2020. Edição do Kindle. Livro eletrônico. 1353 posições.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PINTO, Élide Graziane; **Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução.** Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDPE, v. 3, p. 71-100, 2014.

PINTO, Élide Graziane; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SANTOS, Lenir. **O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo.** A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 209-237, out./dez. 2016

PINTO, Élide Graziane; XIMENES, Salomão Barros. **Financiamento Dos Direitos Sociais Na Constituição De 1988: Do “Pacto Assimétrico” Ao “Estado De Sítio Fiscal”.** Educ. Soc., Campinas, v. 39, nº. 145, p.980-1003, out-dez., 2018.

SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da Saúde Pública no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais; Na Constituição Federal de 1988.** 10ª Edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. Edição do Kindle. Livro eletrônico. 5837 posições.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO Daniel. **Curso de direito Constitucional.** 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição.** Tradução de Geraldo de Carvalho, Coordenação e supervisão Luiz Moreira – Belo Horizonte. Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de La Constitución.** Tradução Manuel Sanches Sarto. Editorial Tecnos. Madri: 1983.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2005.

SILVA, José Afonso. **O Estado Democrático de Direito.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, vol. 173, jul./set. de 1988

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde** - O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Editora Fórum. Edição do Kindle. Livro eletrônico. 6049 posições.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Universidade Federal do Piauí. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Manual de normalização de monografia, dissertação e tese** – UFPI. Universidade Federal do Piauí. Teresina: UFPI, 2020.