O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO HEALTH IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: THE GUARANTEE OF HUMAN DIGNITY AMONG THE JUDICIARY AND THE BALANCE OF PRINCIPLES

Cássio Guilherme Alves*

Caroline Müller Bitencourt**

RESUMO: No presente estudo se buscará a análise da realização do direito fundamental social à saúde no Estado Democrático de Direito, haja vista sua proteção constitucional na Carta de 1988. Após o reconhecimento da saúde como direito fundamental social, imprescindível a criação de mecanismos que garantam sua concretização quando o Estado for ineficiente ou se negar à prestação material necessária. Para fins deste artigo será utilizado o método hipotético-dedutivo com análise das teorias da reserva do possível x mínimo existencial vinculado aos princípios de direitos fundamentais para a garantia do direito à saúde. Dessa forma, o Poder Judiciário enquanto poder constituído possui em sua natureza jurisdicional a competência e prerrogativa para compor conflitos, devendo decidir o caso concreto na esfera da jurisdição constitucional, evitando que sejam cometidos abusos e restrições contra os direitos fundamentais. Assim, o direito fundamental social à saúde possui estreita vinculação com a dignidade da pessoa humana, não sendo possível pensar em vida com dignidade com restrições a este direito. Nessa seara, o Poder Judiciário se apresenta como importante ator na concretização e garantia do direito à saúde quando o Poder Público for ineficiente na sua promoção, devendo agir através da jurisdição constitucional para, com o uso do instituto da ponderação, preservar os direitos fundamentais na garantia do mínimo existencial vinculado à dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana. Direito Fundamental Social à Saúde. Poder Judiciário. Ponderação de Princípios.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Saúde como um Direito Fundamental Social e sua Vinculação com a Dignidade da Pessoa Humana. 2 A Colisão de Direitos Fundamentais e a Ponderação de Princípios. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: In this study will seek to analyze the carry out of the fundamental social right to health in democratic State of law, its constitutional protection in 1988. After the recognition of health as a fundamental right, essential to the creation of mechanisms to ensure its implementation when the State is inefficient or refuse to provide necessary material. For the purposes of this article shall be used the hypothetical-deductive method with analysis of theories of possible x existential minimum linked to the fundamental rights to the guarantee of the right to health. In this way, the Judiciary while power constituted has the jurisdiction and prerogative Court nature to compose disputes, and decide the case in the sphere of constitutional jurisdiction, preventing are committed abuses and restrictions against fundamental rights. Thus, the fundamental social right health has close linkage with the dignity of the human person, it is not possible to think of life with dignity with restrictions on this right. In this field, the Judiciary presents itself as an important actor in the implementation and guarantee of the right to health when the Government is inefficient in its promotion and should act through the constitutional jurisdiction to, with the use of weighting Institute, preserving fundamental rights in existential minimum guarantee linked to the dignity of the human person in the democratic State of law.

KEYWORDS: Dignity of the Human Person. Fundamental Social Right to the Health. Judiciary. Balance of Principles.

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.

** Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul.

INTRODUÇÃO

A saúde, enquanto direito fundamental social, e de acordo com os objetivos deste estudo, possui indissociável vinculação ao conjunto dos direitos fundamentais e, estes direitos fundamentais, constituem parte essencial e indissociável dos direitos humanos, pois não há direito em que seu titular não seja o homem.

É nessa linha, tendo o homem como centro de todos os direitos, que exsurge o problema em relação à garantia da dignidade da pessoa humana pela concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, evidenciando duas hipóteses, a primeira deduzindo que o Poder Judiciário não estaria preparado para cumprir tal incumbência devido à colisão de princípios fundamentais, e a segunda concluindo que com o uso da ponderação dos princípios colidentes o Poder Judiciário poderia atuar como ator na concretização do direito à saúde no Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, o presente estudo busca a análise da concretização do direito fundamental social à saúde no Estado Democrático de Direito com a utilização da jurisdição constitucional, delimitando seu estudo nas teorias do mínimo existencial x reserva do possível e a ponderação de princípios para a solução do problema em relação a garantia da dignidade da pessoa humana com a concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário. Para tanto será utilizado o método hipotético-dedutivo, com a verificação do estado da arte nas doutrinas relacionadas ao tema, que devido a sua vinculação à dignidade da pessoa humana, centro gravitacional do Estado Democrático de Direito, também justifica sua escolha em detrimento de outros tantos temas de inegável distinção no atual Constitucionalismo Contemporâneo.

Com o objetivo de analisar o Poder Judiciário enquanto agente para concretização do direito à saúde quando o Estado for ineficiente, no item dois será realizada a necessária abordagem teórica para explicitação da vinculação do direito fundamental social à saúde com a dignidade da pessoa humana com o objetivo específico de demonstrar sua importância para o direito, sendo que logo em seguida no item três, será analisada a colisão de direitos fundamentais e a ponderação de princípios, onde se tentará atender ao objetivo específico de apresentar uma ferramenta a ser utilizada para a concretização do direito em tela.

Portanto, apresentados os pontos e características introdutórias da presente pesquisa, e para que ao final se possa apresentar seu resultado, passar-se-à a necessária

abordagem do direito à saúde e sua vinculação com a dignidade da pessoa humana, item de abertura do presente trabalho e que se expõe a seguir.

1 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E SUA VINCULAÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nessa abordagem inicial, apresenta-se ao leitor o seguinte questionamento: O que são os direitos humanos e qual sua diferença em relação aos direitos fundamentais? Embora possa parecer que tal assunto já tenha sido suficientemente debatido, necessário que se façam alguns esclarecimentos para a sua vinculação a presente pesquisa.

Ao iniciar esse ponto, como já demonstrado no parágrafo anterior, a diferenciação entre as expressões de direito é indispensável, pois existe uma confusão entre os dois termos, embora não se possa olvidar de que tanto para os direitos fundamentais quanto para os direitos humanos, o seu titular seja sempre o homem. Na mesma linha, direitos humanos é a expressão comumente utilizada nos documentos internacionais, sendo que contra ela, pode-se asseverar que “que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos”. (SILVA, 2002, p. 176)

Para Gorczewski, o termo “‘Direitos Humanos’ é um novo nome para o que era chamado primeiramente de *The rights of man* (direitos do homem)” (GORCZEWSKI, 2005, p. 17), entretanto, em suma, trata-se de uma forma mais genérica e sucinta de se referir ao conjunto de exigências que são superiores aos demais direitos.

Não obstante, ao mesmo tempo em que visa proteger os direitos do homem dos abusos do poder do Estado, os direitos humanos também buscam a promoção de condições dignas para a vida humana no período histórico em que são suscitados para a proteção destes direitos. (LEAL, 1997, p. 19) Com o objetivo de deixar mais evidente a diferença entre as duas expressões de direito, tem-se na lição de Sarlet valiosa distinção entre os dois termos, pois

A distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria 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 sua determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. (SARLET, 1998, p. 31)

Nesta seara, direitos humanos seriam aqueles direitos reconhecidos internacionalmente, encontrando sua essência nos direitos naturais e tutelados pelo direito internacional público. Seu caráter supranacional faz com que os Estados que queiram consagrar a dignidade da pessoa humana em seu ordenamento jurídico fiquem vinculados a tal ideia, devendo respeitar os direitos humanos e agir conforme os preceitos de proteção e reconhecimento destes, que são direitos intrínsecos à natureza humana, vindo a reconhecê-los em seu direito interno e transcrevendo-os sob a denominação de direitos fundamentais. (SARLET, 2001, p. 37)

Após sua positivação, esses direitos ganham aplicabilidade interna no Estado, haja vista que a Constituição representa mais do que a expressão de um simples “ser”, representando um valor superior de um “dever ser”, pois nela se refletem as condições fáticas de sua vigência que é atrelada as condições da realidade política e social. (HESSE, 1991, p. 14 - 15) Nessa linha, tem-se que o desenvolvimento e o bem-estar do ser humano deve ser a finalidade última a ser buscada pelas ações do Estado, ações estas que encontram como limite os direitos desse primeiro. Pode-se afirmar que

como fundamento básico de todas as máximas das ações se deve assentar que o sujeito dos fins, ou seja, o próprio ser racional nunca deve ser tratado como simples meio, mas sim como condição limitativa suprema no uso de todos os meios, o mesmo é dizer que deve ser tratado como fim. (KANT, 1964, p. 101)

Assim, considera-se a expressão “direitos humanos” como sendo aquela designada à proteção despendida a estes direitos no âmbito internacional, enquanto “direitos fundamentais”, como sendo a expressão designada para os direitos com dimensão estatal interna, que ao serem contemplados material e formalmente pelo direito positivo Constitucional possuem força normativa.

Nesse sentido, por ser o direito à saúde disposto como um direito fundamental social, nos termos do Art. 6º, CF/88, é que ele merece tomar o lugar que lhe é de direito como elemento de concretização da própria dignidade da pessoa humana, que nos termos do Art. 1º, III, CF/88, se reveste de valor informador de toda a ordem jurídica, fazendo com que a concretização dos direitos fundamentais seja imprescindível no Estado Democrático de Direito. (SARLET, 2001, p. 87)

Já os direitos sociais são os direitos concretizados através do Estado, e não direitos concretizados contra o Estado, sendo neste caso, exigidas certas prestações materiais positivas do Poder Público para sua promoção. Com isso, o Estado, através de leis, atos administrativos e pela promoção de serviços e políticas públicas, deve definir, executar e programar, as chamadas “políticas sociais” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. (KRELL, 2000, p. 26 - 27)

Tem-se então que os direitos fundamentais sociais elencados na Constituição Federal, por se tratarem de direitos fundamentais do homem, não envolvem apenas direitos negativos (abstenção do Estado na esfera privada) (GALDINO, 2005, p. 152), mas também, e principalmente, envolvem os direitos positivos ou prestacionais (atuações do Estado na prestação de serviços públicos). (SILVA, 2002, p. 286) Nas palavras de Bobbio, há a necessidade de se sair do campo ideal e das promessas para que se possa garantir a real efetivação dos direitos do homem, pois na medida em que estes aumentam, sua satisfação diminui. O autor expõe que

Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado de direito. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contrastes entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. (BOBBIO, 1992, p. 63)

Saindo do campo das promessas, tem-se que ao se concretizar os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, se estaria realizando, como um todo, os pressupostos jusfundamentais pré-existent. Assim o direito fundamental nasce da concretização das posições concebidas pelo direito jusfundamental, ao passo que, pela satisfação das diferentes posições individuais que norteiam os direitos fundamentais, estar-se-ia realizando um direito fundamental no plano concreto. (ALEXY, 1997, p. 241)

Simpático a este aspecto tratar dos “direitos subjetivos”, expressão esta que se mostra intimamente ligada com a concretização dos direitos fundamentais, pois o objeto do presente estudo é a compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais como direitos

subjetivos do indivíduo. Assim, pode-se adiantar que os direitos subjetivos são compreendidos como espécies de situações jurídicas subjetivas. Salienta-se, entretanto, que o estudo dos direitos fundamentais pode ser reconduzido a essa distinção entre direito objetivo (enquanto norma) e direito subjetivo (enquanto situação fática). (GALDINO, 2005, p. 4 - 6)

Para Alexy, sempre que alguém possui um Direito Fundamental, existe uma norma que lhe outorga este direito, pois o autor afirma que quando não há normas de direito fundamental, ninguém pode alegar direito subjetivo, haja vista só existir norma de direito fundamental definida por norma de direito fundamental. (ALEXY, 1997, p. 47) Dessa forma ao se falar em direitos fundamentais no plano normativo, as normas de direitos fundamentais possuem uma hierarquia e força axiológica superiores, fazendo com que tais direitos sejam utilizados na atribuição de validade material das normas oriundas do sistema normativo, ou seja, uma norma só possui validade se estiver de pleno acordo com as normas de direitos fundamentais. (GALDINO, 2005, p. 8)

Assim sendo, uma norma não precisaria necessariamente reconhecer um direito subjetivo fundamental a pessoa de forma imediata para sua proteção, mas, reconhecendo de forma mediata um direito objetivo, quando este direito fosse aplicado, ter-se-ia o reconhecimento de um direito subjetivo “*prima facie*” ao indivíduo (FIGUEIREDO, 2007, p. 114). Dessa forma, quando a lei admitir uma proteção objetiva, ela deve reconhecer, de qualquer forma, um direito subjetivo ao indivíduo. (ALEXY, 1997, p. 480)

Sobre esse prisma, a Constituição Federal de 1988, logo em seu Art. 1º, inciso III, elenca a Dignidade da Pessoa Humana como princípio fundante do Estado Democrático de Direito. Sedimentando tal entendimento, pode-se dizer que “as diferentes espécies de direitos são facetas de uma mesma expressão que constitui a “dignidade do homem”” (BITENCOURT, 2013, p. 115). Mais adiante no texto constitucional, e mesmo sem prescrever um rol de direitos sociais, no Art. 6º da CF/88, abrindo o capítulo II (direitos sociais) do título II (dos direitos e garantias fundamentais) encontra-se a positivação de direitos como: saúde; educação; moradia; lazer e cultura. (BITENCOURT, 2013, p. 115) Desta forma, tem-se atribuído a dignidade da pessoa humana a função de elemento verificador da ordem Constitucional, conferindo-lhe unidade de sentido e legitimidade da Constituição. Unidade de sentido por operar como critério hermenêutico e elemento de integração, enquanto referencial axiológico na hierarquia jurídica. E elemento de legitimidade por tratar de

questões condizentes com a própria razão de ser do poder estatal. (FIGUEIREDO, 2007, p. 59)

Em razão disso, a dignidade da pessoa humana sendo qualificada como princípio, traduz a certeza de que o Art. 1º, inciso III, CF/88, não contém apenas uma declaração de conteúdo ético moral, mas que constitui norma jurídica positiva e dotada em sua plenitude de status constitucional formal, material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. (SARLET, 2001, p. 70 - 71)

Com o reconhecimento constitucional de tal princípio, sua positivação além de nos informar o sentido, finalidade, objetivo e justificar o exercício do poder do Estado, cria a ideia de que é ele, o Estado, que existe em função da pessoa humana, e não o ser humano que deve existir em função do Estado, já que o ser humano constitui a finalidade, e não meio da atividade estatal, o que permite que se imponham limites às atividades e ao poder estatal. (LEAL, 2003, p. 3)

A dignidade compreendida como característica intrínseca e indissociável da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não podendo ser destacada, protegendo-o desta forma de eventuais abusos do Estado que, deve fornecer ao homem a completa proteção Constitucional agindo de forma ativa e promocional no que tange aos direitos fundamentais relacionados à saúde. (SARLET, 2001, p. 40)

No direito brasileiro, a incorporação constitucional dos direitos sociais foi, de certa forma, lenta, pois nenhum texto se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público até promulgação da Constituição Federal de 1988 (DALLARI, 1995, p. 23), que veio com o objetivo de assegurar uma posição igualitária à população para que todos tenham acesso a uma vida digna, cabendo ao Estado proporcionar o suporte para organização e realização dos direitos sociais, assim como é o caso do direito à saúde.

Vale ressaltar que o Art. 196, CF/88, dispõe que a saúde é (i) direito de todos (o que define seus titulares); e (ii) dever do Estado (o que indica o responsável por todas as suas prestações, sem prejuízo do disposto no Art. 199, CF/88, que torna a saúde livre à iniciativa privada). Contudo, ainda pode-se extrair deste dispositivo que a saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas, objetivando sempre a redução do risco de doenças e ao acesso igualitário e universal às ações e serviços de proteção, recuperação e promoção da saúde,

demonstrando assim, a forma como o direito à saúde deve ser garantido. (LIMA, 2008, p. 268)

Caracterizada como direito social fundamental pelo Art. 6º da CF/88, juntamente com o trabalho, a educação, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e a assistência aos desamparados, o reconhecimento da saúde como direito fundamental lhe garante aplicação imediata, na forma do §1º, Art. 5º da Constituição Federal de 1988. (LIMA, 2008, p. 265)

Ressalta-se que o caput do Art. 5º da CF/88 assegura de forma expressa a inviolabilidade do direito à vida. Outrossim, do direito à vida e da proteção à dignidade humana certamente decorre, por corolário, o direito à saúde, caracterizado no Art. 6º como direito social fundamental, e inserido no Capítulo da Ordem Social com previsão central no Art. 196, CF/88. Salutar também ressaltar que, ao se falar em direitos sociais e indicar a saúde como um direito fundamental social, evidencia-se a obrigação do Estado em propiciar as condições mínimas de assistência à população. (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 98)

A previsão do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 como sendo um direito de natureza fundamental, atribui a necessidade de que se faça alusão de que as normas garantidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata, conforme preceitua o §1º do Art. 5º, CF/88. (LIMA, 2008, p. 266) Sem dúvida, este avanço Constitucional pertinente ao direito à saúde está relacionado à proteção igualmente Constitucional da dignidade da pessoa humana, que se tornou o “fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser” (SARLET, 2005, p. 442).

Seguindo esta corrente, tem-se que o princípio da dignidade exerce dupla função, pois como integrante dos direitos fundamentais pode-se identificá-lo como núcleo essencial e também como importante elemento de proteção destes direitos contra medidas restritivas dos direitos fundamentais praticadas pelo Estado (SARLET, 2001, p. 119).

Desta forma, a dignidade da pessoa humana estaria fundada no reconhecimento do social, ou seja, na valoração positiva de pretensões de respeito social. Em decorrência, por óbvio que, em sentido jurídico, a dignidade da pessoa humana não poderia ser definida com base num conteúdo ou qualidade, pois a dignidade representa uma categoria que pressupõem o próximo, neste aspecto, o bem sujeito à tutela jurídica deveria ser a solidariedade entre os

seres humanos, sendo inconcebível pensar a dignidade humana desvinculada de um conjunto concreto de reconhecimento e significado social.

Também é nesse sentido que a hermenêutica filosófica faz com que o intérprete, considerando sua condição de *ser-no-mundo*, considere os deveres de solidariedade, ligados ao social e à cidadania, como sendo sustentáculos dos direitos fundamentais sociais. (REIS; FONTANA, 2011, p. 114)

Percebe-se, assim, o elo existente entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, que se torna a chave para qualquer interpretação constitucional relacionada aos direitos fundamentais. O princípio da dignidade exerce dupla função, pois além de centro gravitacional para os direitos fundamentais, serve ainda de elemento a sua proteção. (ALVES; DEPRÁ, 2016, p. 166)

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), a dignidade da pessoa humana foi consagrada como valor fundamental da ordem jurídica, a significar a última das garantias da pessoa humana contra atos do Estado, tornando-se conceito jurídico operativo para designar o que há de humanidade nos homens. (FIGUEIREDO, 2007, p. 50) Por pertencer a campo indissociável do direito à vida e aos demais direitos fundamentais e fundamentais sociais, o direito à saúde está amplamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que é base da ordem jurídica Constitucional brasileira e, vindo a abraçar a saúde em seu sólido lastro de proteção, confere proteção contra os abusos de poder que possam ser direcionados contra ele, existindo entre o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana um conjunto de interesses, o que impediria o esvaziamento do direito e do princípio em tela. (FIGUEIREDO, 2007, p. 181)

Após esse parcial estudo acerca da vinculação do direito à saúde com a dignidade da pessoa humana, no item seguinte do presente estudo será realizada uma abordagem com relação a colisão de direitos fundamentais e a necessidade de ponderação de princípios para a sua concretização.

2 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

No presente item será realizada uma abordagem necessária sobre o Poder Judiciário e o seu papel como ator na concretização do direito fundamental social à saúde no Estado

Democrático de Direito quando pela jurisdição constitucional for provocado para a resolução dos conflitos. Nesse ínterim, ressalta-se que a jurisdição é uma das funções típicas do Estado, feita mediante a vontade do direito objetivo que regula o direito em questão.

A judicialização do direito à saúde, que se entende como a busca da população pela concretização de seu direito constitucional, está longe de ser a solução definitiva para o impasse. Contudo, pode-se alegar que a existência de um dever do Estado de maximizar as possibilidades de reconhecimento de um direito subjetivo do indivíduo, torna possível a exigibilidade imediata em juízo de prestações materiais ligadas à saúde. (FIGUEIREDO, 2007, p. 217)

Assim sendo, a judicialização do direito à saúde se apresenta como a melhor expressão para demonstrar a necessidade de se obter certas atitudes positivas do Estado através da jurisdição constitucional, quando este deixa de agir em cumprimento das políticas públicas que visam à proteção dos chamados direitos fundamentais.

Por esse motivo, a ideia de justiciabilidade do direito à saúde se projeta ao reconhecimento de posições jurídico-subjetivas em favor do titular que busca esse direito, seja no sentido de defesa (respeito e não interferência), seja no sentido de exigir demandas por cuidados de caráter material (ação positiva do Estado). Tem-se então, a necessidade da investigação dos limites e das possibilidades dentro das quais o direito à saúde é exigível, entenda-se como eficaz e assegurado, mesmo que efetivado pela via jurisdicional contenciosa. (FIGUEIREDO, 2007, p. 103)

Assim é possível identificar dois fatores relativos a falta de efetividade dos direitos prestacionais, como no caso da saúde, um de natureza orçamentária, devido a falta de recursos e outro de caráter político, pela total falta de interesse na sua concretização, entretanto “a doutrina constitucional reconhece um número de direitos que devido sua fundamentabilidade à manutenção da vida humana não poderia sofrer restrições”. (BITENCOURT, 2008, p. 233) Com efeito, devido às políticas públicas ineficientes e a prestação inconsistente e insuficiente de serviços básicos pelo poder público, exsurge a necessidade do cidadão buscar a realização de seus direitos através do judiciário, visando à efetivação de seus direitos reconhecidos na Lei Fundamental, porém, não concretizados pelo Estado.

Neste liame, evidencia-se também a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre os particulares, definida como “eficácia horizontal”, que, no entanto, não vincula os particulares no exercício de sua autonomia privada, cabendo ao

legislador disciplinar tais comportamentos, de modo a evitar as lesões a direitos fundamentais decorrentes de pessoas não estatais e, podendo optar pela introdução dos direitos fundamentais na disciplina das relações entre particulares de modo mais preciso, ou então, decidir pela atribuição de um espaço de valoração mais amplo para o Judiciário, valendo-se neste caso de cláusulas gerais (SARMENTO, 2004 p. 259), haja vista a persecução da maximização dos direitos fundamentais e a horizontalização das relações sociais no acesso a tais direitos.

Comumente utilizada pelo poder público, a teoria da “reserva do possível” se mostra como um óbice para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, aduzindo que a efetivação dos direitos sociais estaria ligada a disponibilidade de recursos dos cofres públicos, já que estes necessitam de uma prestação positiva que em regra se apresenta como dispendiosa para o Estado. Em contraposição aos ditames desta teoria, ou pelo menos às restrições produzidas por ela, encaminha-se as pretensões deste estudo para a teoria do “mínimo existencial”, teoria esta que faz referência há um mínimo de condições indispensáveis para a vida do ser humano com o mínimo de dignidade.

A teoria da “reserva do possível” tem origem, sobretudo nas formulações de juristas alemães, contudo não se possa olvidar que esta teoria se desenvolveu fortemente na Europa com Canotilho e através da Constituição portuguesa de 1976. Proposta no início dos anos 1970 e depois acolhida pela jurisprudência constitucional daquele país, segundo Germano Schwartz, a reserva do possível é o exemplo clássico dos modismos que de tempos em tempos assolam a sociedade brasileira. (FIGUEIREDO, 2007, p. 131)

A expressão “reserva de caixas financeiras” para exprimir a ideia de que as prestações materiais aos direitos sociais estariam condicionados a reserva das capacidades financeiras do Estado, foi utilizada pela primeira vez pelo jurista Peter Häberle. (FIGUEIREDO, 2007, p. 130 - 132) Para Canotilho, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, estaria dentro de uma “reserva do possível”, apontando a dependência da efetivação dos direitos sociais aos recursos públicos, estando, pois, o nível de sua concretização ou realização condicionado ao volume de recursos disponíveis para sua efetivação. (CANOTILHO, 1991, p. 131)

Entretanto, cabe afirmar que a reserva do possível, deve vigorar como um mandado de otimização dos direitos fundamentais sociais (antes de ser uma barreira à execução destes), impondo ao Estado o dever de promover, dentro do possível, as condições de efetivação do

direito à saúde da melhor forma e mantendo os índices já atingidos, configurando uma forma de proibição do retrocesso no que tange ao mínimo existencial. (SARLET, 2008, p. 38)

Contrário a essa ideia de reserva do possível, a “teoria do mínimo existencial” teria uma função limitativa da autonomia do Estado, vindo a impedir a diminuição das prestações mínimas dos serviços tidos como “sociais básicos”, criando assim, um direito subjetivo do cidadão contra o Poder Público nos casos em que este venha a suprimir ou restringir certas prestações materiais. O mínimo existencial seria, portanto, o limite de atuação da reserva do possível, à medida que esse mínimo “se contrapõe diante de eventuais objeções lançadas à eficácia jurídica e a eficácia social desses direitos” (ALVES; DEPRÁ, 2016, p. 164).

Nessa senda, pode-se dizer que entre as maiores dificuldades em se garantir o mínimo existencial é relacionada a limitação dos direitos sociais que compõem esse mesmo núcleo essencial, sendo que a limitação desses direitos deve ser equitativa a todos os cidadãos. Assim, é necessária a identificação de quais direitos fundamentais – sociais exigem prestações materiais do Estado para que seja garantida uma vida com dignidade. (BITENCOURT, 2008, p. 234) Pode-se afirmar que a noção de mínimo existencial importa na ideia da máxima redução aceitável do conjunto de posições decorrentes de um direito fundamental. Em suma, extrai-se da norma programática que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana um núcleo básico, que é transformado em regra diretamente sindicável pelo judiciário: o mínimo existencial. (FIGUEIREDO, 2007, p. 190)

Portanto, quando surgir situações tais em que as políticas públicas de promoção e prevenção à saúde ou sua ausência venham a criar restrições aos direitos fundamentais, reduzindo o “mínimo existencial”, surgirá a imperativa necessidade do cidadão de buscar auxílio do Poder Judiciário, que neste viés, terá suma importância para a efetivação destes direitos amplamente difundidos no ordenamento constitucional.

Fortalecendo a ideia de que ao Judiciário incumbe o poder de não só aplicar a lei, mas também de protegê-la e de fazer que esta tenha sentido e eficácia na sociedade brasileira, o Art. 5º, XXXV, da CF/88 assevera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). De certa forma é antiga a ideia de que se devem proibir as medidas excessivas na busca da concretização do Direito, levando-se em conta que a reação deve sempre ser proporcional à ação e, que os atos tomados pelos particulares ou pelo ente estatal devem ser adequados ao fim que este ato almeja. Tem-se que o direito busca sempre proibir os excessos, os abusos, buscando uma apreciação de balanço da decisão a ser

tomada. Em outras palavras, citando Walter Jallinek: “não se deve usar canhões para matar pardais”. (STUMM, 1995, p. 1)

A racionalização de soluções aos casos concretos quando do surgimento de conflitos entre direitos e princípios, resultou na elaboração do princípio da proporcionalidade, criando, através da ponderação de resultados, um método de desenvolvimento do Direito que, surgiu ligado à ideia de limitação do poder no século XVIII. Por ser um princípio jurídico, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito à Constituição. No Brasil, apesar de não explícito, ele tem exigibilidade em decorrência da sua natureza fundamental. (STUMM, 1995, p. 113)

Em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade tem estreita vinculação com a ideia da proibição do excesso, diferenciando-se, neste ponto, da proporcionalidade em sentido estrito com a exigência da análise da ponderação entre os meios utilizados e o fim que se busca. A proibição do excesso é aplicável ao controle legiferante, suscitando a adequação dos atos legislativos as normas e fins contidos no texto constitucional. Em outras palavras, a valoração que é dada pelo legislador deve tomar por base os valores que estão contidos na lei e, por isso, imprimem seu cunho ao direito. (STUMM, 1995, p. 79) Os princípios, haja vista sua natureza jurídica, contém comandos que visam à otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é decidir, de acordo com o mandado de ponderação, a relativização de um direito em relação à possibilidade jurídica.

Otimizar implica em relativizar as possibilidades jurídicas de um determinado princípio, tendo em vista o peso do princípio colidente num caso concreto. Para que se possa chegar a uma decisão, é necessário que se faça uma ponderação entre os princípios opostos de acordo com a lei da ponderação. (ALEXY, 1997, p. 112) Desta forma, pode-se expressar a lei da ponderação da seguinte forma, “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação de outro”. (ALEXY, 1997, p. 161)

Assim sendo, note-se que, se através do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (mandado de ponderação), é feito um balanceamento de possibilidades jurídicas frente ao caso concreto, no caso da proporcionalidade em sentido amplo exsurge a necessidade de adequação às possibilidades fáticas. Da mesma forma, a ponderação pode ser fundamentada

tanto em princípios de direito fundamental, como em princípios do Estado de direito, ou, ainda, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça. (ALEXY, 1997, p. 115)

A colisão entre princípios somente é possível devido ao caráter de princípio das normas de direitos humanos, resultando em direitos fundamentais restringidos e passíveis de restrição que, por sua vez, também têm sua restrição e restringibilidade restringidas. Daí serem os próprios direitos fundamentais “restrições a sua restrição e restringibilidade”, ou seja, o limite à restrição e restringibilidade de um direito fundamental é o resguardo do seu núcleo essencial. (STUMM, 1995, p. 139) Também é possível afirmar que “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir.” (ALEXY, 1998) Valendo-se de tal afirmação tanto para colisões em sentido estrito como em sentido amplo.

Assim, para que o julgador decida entre o princípio ou o direito fundamental que se aplica ao caso concreto é necessário que se faça uma análise ao consagrado princípio da proporcionalidade, princípio este que embora não possua conteúdo material, como se pode ver a seguir, é permeado de conteúdo operacional, sendo imprescindível para aplicação máxima dos demais princípios constitucionais.

Por esse motivo, e considerando que os direitos fundamentais são princípios materiais de natureza fundamental, a ideia de colisão entre os princípios é inerente, sendo necessária a ponderação de princípios como procedimento para otimização de outros princípios que possuam conteúdo material, haja vista que o princípio da proporcionalidade é consequência lógica da adoção de princípios materiais pela Constituição de 1988, pois somente por meio da ponderação que os princípios materiais ganham aplicação e operatividade. (GALDINO, 2005, p. 43)

Portanto, afirma-se que “não é possível se dizer que existe vida digna se não há, ao menos uma mínima proteção ao direito à saúde” (BITENCOURT, 2008, p. 238), sendo necessário ao cidadão recorrer a jurisdição constitucional quando sofrer limitações em seu direito à saúde, devendo o Poder Judiciário, por sua vez, recorrer a ponderação de princípios como forma para a concretização do direito fundamental – social à saúde no Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, foi possível observar que os direitos fundamentais, enquanto positividade dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, possuem aplicabilidade e são exigíveis no direito interno do Estado que os positivou. Também foi possível perceber que cabe ao Estado proporcionar o suporte necessário para a realização dos direitos sociais, como o direito à saúde que, reconhecido na Constituição Federal de 1988 enquanto direito fundamental social, passa a contar com status de valor superior.

O reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana como princípio faz com que o Estado passe a existir em função da pessoa humana, devendo a pessoa ser considerada como seu fim e não como meio. Para isso são impostas limitações às atividades e ao poder estatal para que não haja restrição aos direitos fundamentais. Ademais, com o reconhecimento da proteção objetiva ao direito à saúde, passa-se também a reconhecer um direito subjetivo contra a sua violação.

Dessa forma, o direito à saúde, umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tido como base gravitacional da ordem constitucional brasileira, passa a contar com a necessária proteção contra as possíveis restrições que possam ser causadas pelo Estado, existindo entre o direito à saúde e o direito a vida um conjunto de interesses que impede o seu esvaziamento. Além disso, verificou-se a impossibilidade de existir vida digna sem saúde.

A dignidade compreendida como característica intrínseca e indissociável da pessoa humana constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacada, protegendo-o desta forma de eventuais restrições causadas pelo Estado, que deve agir de forma ativa e promocional no que tange ao direito fundamental à saúde. Assim, quando o Estado, por omissão ou ineficiência, restringir ou limitar o direito à saúde, o seu titular poderá se socorrer do Poder Judiciário para a concretização do seu direito.

Também, para que possa ser garantida a aplicação e operatividade dos princípios constitucionais de natureza material, em face da alegação da “reserva do possível”, e solucionar a colisão e o relativismo atribuído aos direitos fundamentais sociais a prestações materiais, necessária a utilização do princípio da proporcionalidade e da ponderação para que seja possível garantir o mínimo existencial. Dessa forma, com a realização do balanceamento de possibilidades jurídicas frente o caso concreto, é possível fundamentar a ponderação em

princípios de direitos fundamentais, princípios do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça.

Então, para que o Poder Judiciário possa decidir entre o princípio ou o direito fundamental que se aplica ao caso concreto, é necessário que seja realizada uma análise sob o viés do princípio da proporcionalidade, que embora não possua conteúdo material, é impermeado de conteúdo operacional e imprescindível para aplicação máxima dos demais princípios constitucionais. Ademais, somente com uso da ponderação é que os princípios materiais ganham aplicação e operatividade.

Portanto, quando houver restrição ao direito fundamental social à saúde, ou então a negativa do Estado na sua concretização, a pessoa humana deve buscar a jurisdição constitucional para a concretização de seu direito subjetivo que, devido a sua intrínseca vinculação com a dignidade da pessoa humana, deve ser garantido pelo Poder Judiciário com o uso da ponderação de princípios para a concretização do direito à saúde no caso concreto.

114

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. In: *Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE)*. 7/12/1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ALVES, Cássio Guilherme; DEPRÁ, Vinícius Oliveira Braz. A jurisdição constitucional e a concretização dos direitos fundamentais no estado democrático de direito. In: GORCZEWSKI, Clóvis; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo: cidadania e justiça*. Curitiba: Multideia, 2016.

BITENCOURT, Caroline Muller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed. 2013.

BITENCOURT, Caroline Muller; LEMOS, Maitê Damé Teixeira. Direitos sociais prestacionais: mínimo existencial à preservação da dignidade da pessoa humana e o papel da jurisdição constitucional à sua efetividade no constitucionalismo contemporâneo. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; CECATO, Maria Aurea Baroni; RÜDIGER, Dorothee Susanne.

Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos e da jurisdição na realização dos direitos sociais em tempos de globalização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 16 out. 2016.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KANT, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Editora Nacional, 1964.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *A constituição concretizada construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LIMA, Ricardo Seibel de F. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acessado em: 16 out. 2016.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à Saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: Ed. UPF, 2003.

REIS, Jorge Renato dos. FONTANA, Eliane. Direitos fundamentais sociais e a solidariedade: notas introdutórias. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

Submissão: 24/07/2016
Aceito para Publicação: 24/10/2016