

ESTADO, SOLIDARIDADE E O DIREITO À SAÚDE¹

STATE, SOLIDARITY AND THE RIGHT TO HEALTH

Marlon Silvestre Kierecz²

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1. A Formação do Estado de Direito: Solidariedade e Saúde; 2. A Efetivação do Direito à Saúde no Brasil; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO: O presente artigo trata do desenvolvimento histórico e teórico do Estado de Direito em consonância com a solidariedade e o direito à saúde no Brasil. Para tanto, abordará referências desde a antiguidade até a época atual. Enquanto o Estado Liberal ignorou qualquer relevância da solidariedade e dos direitos sociais como conteúdo jurídico, o Estado de Bem-Estar Social foi construído fundamentado na fraternidade. Ocorre, entretanto, que ainda não se pode afirmar que o Estado Social esteja consolidado, pois é constantemente ameaçado pela ordem imposta pelo sistema econômico vigente, que é excludente e desigual. Por fim abordará brevemente a situação atual da efetivação do direito à saúde no Brasil segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Estado de Direito; Saúde; Solidariedade; Direitos Sociais; Custo dos Direitos; Mínimo Existencial.

ABSTRACT: This article discusses the historical and theoretical development of the Rule of Law in line with the solidarity and the right to health in Brazil. So it must be addressed references from ancient times to the present day. While the Liberal State ignored the importance of the solidarity and social rights as legal content, the Welfare State was built based on brotherhood. Occurs, however, we still can not say that the Welfare State is consolidated, it is constantly threatened by the order imposed by the current economic system, which is exclusionary and

¹ Artigo desenvolvido para a disciplina de Princípios de Direito Ambiental e Sustentabilidade, ministrada pelo Professor Doutor Gabriel Real Ferrer - Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, nível Mestrado, em Ciência Jurídica, da Universidade do Vale do Itajaí

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Advogado e Professor do Instituto Federal Catarinense - Campus de Sombrio. marlon1401@gmail.com.

unequal. Finally, this article will discuss, briefly, the current situation of the implementation of the right to health in Brazil according to the jurisprudence of the Supreme Court.

Keywords: Rule of Law, health, solidarity, social rights, cost of rights, existential minimum.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Brasileira³ atribui a solidariedade um papel ímpar na formação do Estado, tendo em vista que um dos objetivos fundamentais da República é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e que, um dos princípios que regem a política externa brasileira é a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX). Diversas outras passagens do texto constitucional ressaltam o valor da solidariedade ou da fraternidade. No plano internacional, dentre inúmeros tratados, destaca-se o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴ que proclama: *Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.* Este espírito de fraternidade nada mais é do que um dos aspectos jurídicos da solidariedade.

O direito à saúde, profundamente ligado a manutenção do direito a vida, também tem expressiva correlação com a solidariedade, afinal, o Estado Providência, ou o Estado de Bem-Estar Social, tem também como objetivo a garantia da saúde para todos, conforme dispõe o artigo 196 da Constituição⁵: *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.* A redação do referido artigo nada mais é do que a aplicação da

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 05/10/1988.

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. acesso em 13 de junho de 2013.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 05/10/1988.

solidariedade, enquanto valor jurídico, para a política de saúde.

É de se ressaltar, no entanto, que o desenvolvimento da ideia de solidariedade, com conteúdo jurídico, é algo recente. O desenvolvimento do Estado de Direito não foi construído sob os parâmetros da fraternidade, mas sim com enfoque no direito de liberdade, o que atualmente traz alguns reflexos na estrutura do Estado e como são explicados os direitos fundamentais, em especial do direito à saúde, como se verá neste artigo.

1. A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO: A SOLIDARIEDADE E A SAÚDE

1.1 Antiguidade

A história demonstra que o reconhecimento de direitos para todos ou para os cidadãos reside num aspecto central: a limitação do poder político, no qual o Estado, ou a “máquina administrativa” deve ser utilizada em prol de todos e não em benefício pessoal dos governantes. Os direitos nascem em razão da condição humana e não pela concessão de alguém ou de um governante⁶.

Na Grécia Antiga o exercício da cidadania e o gozo de direitos tinha contornos também bastantes peculiares, diferentes de nossos tempos. Para o Grego, pertencer a uma cidade, uma *pólis*, tinha uma acepção similar ao de pertencer a uma família, a de carregar seu próprio nome e o nome de seu pai. O homem Grego, em sua formação completa, era reflexo da cidade de onde pertencia⁷. Nos nossos tempos a própria ideia de pertencer a uma cidade ou a naturalidade de uma pessoa não se constitui em informação suficiente para designar, com certa segurança, qualquer característica de uma pessoa.

Não bastasse tal identificação, a visão do cidadão sobre a lei que regia a cidade, não era diferente da lei ou dos valores que regiam sua vida. A lei invadia seu arbítrio e dedicava capítulos específicos sobre suas decisões e sobre aquilo que

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

⁷ JAEGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego**. Tradução de Artur M. Parreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 141-142.

ele era. Ser parte de uma cidade era também ser a própria cidade, pois ela representava um ideal de vida e de valores a se seguir. O homem não poderia ser digno se a cidade ou o Estado também não o fosse⁸.

É de se destacar, no que tange a particular limitação do poder, a cidade de Atenas. Durante os anos de 501 a 338 a.C os governantes desta Cidade-Estado gozavam de poderes bastante limitados, tanto pelas leis, quanto pela cidadania ativa de seu povo. Era o povo quem elegia os governantes e quem tomava decisões importantes por meio da Assembleia (*Ekklésia*), como a celebração da paz e a edição de novas leis. O poder executivo era fraco e sujeito a confirmação periódica por um Conselho (Bulê). Os juízes eram designados por sorteio e sempre se podia recorrer de uma sentença para um tribunal popular (*epheis*). Os governantes eram obrigados a prestar contas quando deixavam seus cargos e, de maneira ainda mais surpreendente, todo cidadão podia se opor, na assembleia, a uma mudança da lei que violasse a lei maior da cidade, uma espécie de Constituição a que chamavam de *politeia*⁹.

Fustel de Coulanges sustenta que o homem antigo não conheceu a liberdade individual e sequer tinha a mínima noção do seu real significado. Aos direitos políticos como o de votar e ser votado, ocupar cargos, ser magistrado, isso chamavam de liberdade. A Cidade-Estado era constituída como uma Igreja, sendo absolutamente onipotente. A religião deu origem ao Estado e o Estado a mantinha. O corpo do cidadão pertencia ao Estado e este era usado para a defesa da cidade. Em Roma o serviço militar era obrigatório até os 46 anos de idade e em Atenas e Esparta por toda vida. A vida privada era igualmente inundada pela vontade do Estado. Havia regras que proibiam os homens de cortar a barba (Rodes e Bizâncio), que exigiam que se cortasse o bigode e que regulamentava o penteado das mulheres (Esparta). Em Atenas, as mulheres não poderiam levar mais que três vestidos numa viagem. Em Esparta até os sentimentos estavam sobre controle do Estado: quando um filho sobrevivia a

⁸ JAEGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego**. Tradução de Artur M. Parreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 143.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55-56.

uma guerra e retornava para casa, sua mãe devia demonstrar pesar e chorar. Se ele morresse, deveria mostrar alegria em público agradecendo aos deuses. A educação não era livre, sendo determinada e conduzida integralmente pelo Estado, a discussão sobre o pensamento religioso era impensável.¹⁰

No entanto, cumpre mencionar também os surpreendentes aspectos da participação direta do povo na democracia ateniense e no invejável esforço em impedir a concentração de poder e a formação de privilégios em razão da posição social, da riqueza ou de nobreza. Todo cidadão tinha o direito do uso da palavra, isto é, de participar e de ser ouvido na Assembleia. Após, todo cidadão tinha o direito de voto, seja pobre ou rico, o voto de cada um tinha o mesmo valor e as questões eram aprovadas por maioria. Vencia a tese daquele que conseguia convencer os demais e não pela influência de um estamento político, poder econômico ou coisa semelhante¹¹.

O incentivo a participação na gestão da cidade em Atenas não tem precedentes, pois mesmo as grandes diferenças econômicas, sociais e até mesmo físicas não eram barreira para o exercício do dever cívico. Um sistema de liturgias existia para buscar garantir a igualdade de todos e a participação popular. Portadores de deficiência física, órfãos e pessoas em desvantagem econômica recebiam auxílio dos cofres públicos, até mesmo para pagar um médico.¹² Como se pode verificar, mesmo na Grécia Antiga a saúde dos cidadãos era interpretada como uma preocupação social, que envolvia o programa de governo da sociedade organizada.

A solidariedade era dever entre os cidadãos, mas não uma política de Estado, tendo em vista que não existia Estado como conhecemos hoje, *na língua oficial da época não é dito "Atenas", mas "os atenienses"; "o povo", "cidade dos atenienses"*, de modo que, não fazia qualquer sentido a consideração do Estado

¹⁰ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246-250.

¹¹ MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 43.

¹² MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 49.

como um ente abstrato separado das pessoas¹³.

Como visto, é na antiguidade que se encontram os conceitos e fundamentos para a formação da consciência atual sobre o exercício de direitos, sobretudo dos sociais. É também na antiguidade que se podem encontrar lições importantes para os rumos da organização política atual, sobretudo no que tange a participação ativa na formação da vontade do Estado.

1.2 Cristianismo Primitivo

Se a inclusão de todos é fato necessário para se falar em direito à saúde, é interessante a visão do historiador Eduardo Hoornaert o qual afirma que os rudimentos da inclusão dos pobres, excluídos, escravos, mulheres etc., podem ser identificados no incipiente movimento Cristão nos primeiros séculos, quando o Estado Romano era absolutamente indiferente com qualquer tipo de serviço social: *para pelo menos 80% da população do imenso império, a vida é trabalho, sofrimento, violência.*¹⁴

Quando o cristianismo começou a se instalar já no império romano os primeiros cristãos se reuniam em confrarias, espécies de associações cujas funções mais práticas eram a sepultura dos membros e a realização de banquetes, associações estas toleradas pelas autoridades romanas. Com o decorrer do tempo essas pequenas comunidades cristãs agiam de maneira diferente, criando fundos de amparo às viúvas, alimentando estrangeiros vindos do oriente, fornecendo abrigo e comida aos necessitados e amparo para os enfermos, pouco importando se o beneficiado era cristão ou pagão. Este cristianismo primitivo, ainda não organizado de maneira "aristocrática", representou no Império Romano as primeiras atitudes realmente dedicadas e preocupadas com o bem-estar daqueles que eram excluídos pela sociedade e que jamais teriam voz para

¹³ MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 48.

¹⁴ HOORNAERT, Eduardo. As Comunidades Cristãs dos Primeiros Séculos. In PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi. (org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2013, p. 84.

reivindicar qualquer tipo de assistência social e de saúde.¹⁵

O referido autor conclui que a rápida expansão do cristianismo não se deu em razão da atuação evangelizadora de apóstolos, bispos, pela atuação dos mártires ou pela realização de milagres, mas sim pela prestação de serviços no campo social e humanitário na base do edifício social e político da sociedade¹⁶.

Assim, o advento do cristianismo foi um dos fatores que contribuíram para o surgimento de uma nova mentalidade de solidariedade preocupada com o gênero humano como um todo, sem distinção de classe social, gênero ou religião, e, sobretudo, com a prestação de serviços sociais para atendimento da população necessitada, necessidades estas que sempre passaram longe das vistas e interesses do poder político Romano. A semelhança com o fundamento teórico para instituição do Estado de Bem-Estar Social se destaca, muito embora, os fundamentos filosóficos sejam outros.

1.3 Da Idade Média à Era Moderna

Apesar da indiferença do poder Romano para com as necessidades da população que vivia sob seu domínio, a sua manutenção garantia a existência das cidades, das rotas de comércio e da produção de alimentos no campo, recursos estes que de certa forma a todos beneficiavam. Com a queda do Império Romano e com o início da idade média praticamente tudo desmoronou e as pessoas passaram a viver para sobreviver. Qualquer sombra de discussão sobre direitos e exercício do poder político representavam utopias tão distantes que nem fazia sentido discuti-la. As mazelas da alta idade média se explicam pelos números: por volta do ano 1000 talvez não existisse na Europa católica nenhuma cidade com população de 10.000 habitantes, no século XIII havia 55 cidades com um número de habitantes superior àquele e não mais de 20% da população vivia em centros

¹⁵ HOORNAERT, Eduardo. As Comunidades Cristãs dos Primeiros Séculos. In PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi. (org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2013. p. 86-93.

¹⁶ HOORNAERT, Eduardo. As Comunidades Cristãs dos Primeiros Séculos. In PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi. (org.). **História da Cidadania**. p. 94.

urbanos¹⁷.

Em meio ao poder esfacelado, aos poucos os reis, que nada mais eram que nobres de condição mais elevada, passaram a requerer e conquistas para si poderes e direitos que pertenciam à nobreza e ao clero, o que paulatinamente resultou numa série de abusos e culminou em algumas revoltas¹⁸. Fábio Konder Comparato¹⁹ cita em sua obra um documento intitulado "*Carmen ad Rodbertum regem*", atribuído ao Bispo Franco de Laon para rei dos Francos Roberto, o Piedoso, que se constitui numa série de conselhos dirigidos ao monarca em forma de poema que muito bem explana a realidade da época:

A ordem eclesiástica compõe apenas um só corpo, mas a sociedade inteira está dividida em três ordens. A par do já citado, a lei reconhece outras duas condições (sociais): o nobre e o servo não se regem pela mesma lei. Os nobres são os guerreiros, os protetores das Igrejas. Defendem todo o povo, assim os grandes como os pequenos, além de se protegerem a si próprios. A outra classe é a dos servos. Esta raça de desgraçados nada possui sem sofrimento. A todos, fornecem eles provisões e vestuário, sem os quais os homens livres pouco valem. Assim, pois, a cidade de Deus, tida como una, é na verdade tríplice. Uns rezam, outros lutam e outros trabalham. As três ordens vivem juntas e não sofreriam uma separação. O serviço de cada uma destas ordens tornam possíveis as atividades das duas outras. E cada qual, por sua vez, presta apoio às demais. Enquanto esta lei esteve em vigor, o mundo teve paz. Mas, agora, as leis se debilitam e toda paz desaparece. Mudam os costumes dos homens e muda também a divisão da sociedade.

Contra esta "desordem" lamentada pelo referido Bispo acima, é que se destaca a revolta dos Barões Ingleses contra o rei João Sem-Terra, que resultou em um documento conhecido como Magna Carta, em 1.215, de especial relevância histórica para os direitos humanos. Neste documento o rei reconhecia certos privilégios especiais aos nobres ingleses e reconhecia que seus poderes estavam

¹⁷ FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A Idade Média, Nascimento do Ocidente**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 23.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

limitados por privilégios estamentais da nobreza e do clero e não podiam ser modificados pelo rei. A Magna Carta foi assinada com um prazo de validade de apenas três meses, mas foi reafirmada de forma solene em 1.216, 1.217 e 1.225 quando se tornou direito permanente, sendo que alguns dispositivos fazem parte, até hoje, da legislação da Inglaterra. Historicamente a Magna Carta representa um primeiro movimento para superar a divisão estamental de classes e que o poder está limitado por direitos subjetivos dos governados, os quais até mesmo o rei se submete²⁰.

Com a recuperação da população na baixa idade média e o reagrupamento das pessoas em torno das cidades o exercício da cidadania e das formas de organização da sociedade voltaram a ter efeitos mais práticos. Em Thomas Hobbes tem-se os rudimentos das bases para a formação do Estado Nacional tal qual conhecemos hoje. Para o autor a única forma de instituir um poder comum capaz de defender a todos das invasões externas, da violência mútua e de garantir a segurança, é conferindo a força de todos a uma pluralidade de homens ou a um único representante, de maneira que a vontade de todos possa ser reduzida a uma única vontade. A multidão unida em uma só pessoa chamar-se-ia Estado, o grande Leviatã. Segundo Hobbes, este soberano ou representante tomaria as decisões por todos e pela outorga de todos, de maneira que nada do que ele fizesse ou decidisse poderia ser considerado injusto ou uma injúria em relação à qualquer dos súditos²¹. Parece estar aqui, portanto, o embrião da ideia da cessão de direitos por parte da população em prol de um bem comum, apesar do modelo autoritário proposto por Hobbes e de sua teoria serem a base para o estabelecimento do Estado Absolutista.

Décadas mais tarde, John Locke ataca a concepção de Estado feita por Hobbes, pois para ele *onde houver homens, seja qual for o número e sejam quais forem os elos que os unem, que não possam recorrer da decisão de um tal poder, eles*

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91-92.

²¹ HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1997, p. 61-62.

*ainda estão em um estado de natureza.*²² O soberano ou o representante de todos em hipótese alguma poderia estar acima da lei ou não poder ter suas decisões questionadas e revistas. Eis aqui a noção de igualdade de todos perante a lei, tendo em vista ser inadmissível a noção de que exista uma única pessoa que possa definir o destino dos demais. O Estado existe para todos e a todos regulamenta, sem exceção. É nesse espaço público de igualdade perante a lei que se construiria o arcabouço do exercício da cidadania, no entanto, a construção de direitos dos quais todos os homens seriam titulares se dá em razão e o com o desenvolvimento econômico.

O grande crescimento urbano e populacional no final da idade média intensificou novamente a prática comercial e o intercâmbio entre diversas regiões da Europa e do Oriente contribuindo de maneira inequívoca para o surgimento de uma nova classe social: a burguesia, além de um novo sistema econômico: o capitalismo.

A busca pela riqueza desta nova classe social representou a necessidade de uma ruptura com o antigo pensamento e organização medieval. Para que o comércio e a riqueza prosperem são necessárias garantias para o seu exercício, sobretudo do direito de propriedade. Desta forma, num primeiro momento, a burguesia operou como a precursora da unificação do poder político medieval fragmentado em torno de um poder político unificado e não amparado na ideologia da Igreja que era o mais importante fator de unificação da sociedade medieval²³.

Neste ponto, a obra de Hobbes torna-se ainda mais relevante, tendo em vista *que ele parece condensar os efeitos da secularização numa nova proposta de jurisdição da sociedade, antes pertencente à religião, mas agora ao Estado como autoridade de uma nova ordem secular e temporal*²⁴. Ainda, não se pode negar a importância da obra de Hugo Grotius inaugurando o jusnaturalismo, separando o

²² LOCKE, John. Segundo **Tratado sobre o Governo Civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 134.

²³ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 119-120.

²⁴ SILVA, Juvêncio Borges da, TAVARES NETO, José Querino. Thomas Hobbes e os Fundamentos do Estado Absolutista. In MEZZARROBA, Orides (org.). **Humanismo Político**: presença humanista no transversal do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 172.

direito da teologia cristã, afinal, o direito natural subsistiria mesmo para aqueles que não acreditassem em Deus.²⁵

Ainda, é de se destacar que na baixa idade média, com a revitalização do comércio, nova divisão de classes começou a se estabelecer, no entanto, esta divisão passou a se operar de forma diferente. Não era mais, necessariamente, o direito que determinava a desigualdade social (como no estamento), mas sim, a diferença patrimonial, de riqueza entre os indivíduos.²⁶ Aqui se tem inaugurada a exclusão social com fundamento econômico, mazela que atinge a sociedade até os dias atuais.

Terminada a idade média consolidou-se o Estado Absolutista em que o Rei passou a agir em relação ao Estado como se proprietário dele fosse, já que sua autoridade tinha origem divina. Com isso, consagrou-se a passagem do modelo feudal para o moderno e consolidou-se a estabilidade territorial do reino, elemento fundamental para a constituição do Estado moderno²⁷. Mais ainda do que o território, com o absolutismo nasceu o conceito de soberania, que nas palavras de Jean Bodin, pode assim ser definida: *é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios do estado de uma República*²⁸.

Em que pese a burguesia tenha operado uma importante mudança na antiga sociedade medieval não tardou para esta encontrar no Estado Absolutista um obstáculo para o seu crescimento e desenvolvimento. O Estado Absolutista era o detentor de todos os poderes e todos estavam a ele subordinados. Para que existisse autonomia e liberdade econômica o soberano precisaria consentir, mesmo o direito de propriedade poderia ser concedido e retirado pelo Estado, a regra era a submissão de todos os súditos²⁹. Tal concepção encontrava forte

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 44-45.

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77.

²⁹ SILVA, Juvêncio Borges da, TAVARES NETO, José Querino. Thomas Hobbes e os Fundamentos do

barreira para a afirmação da existência de uma cidadania.

1.4 Da Formação do Estado Liberal

A burguesia não mais se contentava somente com o poder econômico. Na virada do século XVIII era o poder político que esta nova classe ambicionava e em seu caminho estava o rei absoluto³⁰. Em razão da nova classe burguesa emergente e cada vez mais influente, desejosa de uma maior participação no poder estatal e, sobretudo, de maior liberdade individual para o exercício do comércio e da proteção do direito de propriedade, o liberalismo político ganhou força, centrando sua discussão na necessidade de garantir maior liberdade, autonomia e direitos individuais, direitos estes tidos como inerentes à natureza humana, com destaque para o direito de propriedade³¹. Estes novos postulados marcaram o nascimento do Estado Liberal, tendo em John Locke seu principal idealizador, sobretudo quando afirmava que todos os homens são livres, iguais e independentes e que ninguém poderia se submeter a poder político algum sem o seu consentimento³².

A representatividade se daria em razão da proporção dos consentimentos individuais. O indivíduo não renunciaria aos seus direitos naturais, pois o pacto que institui a organização política visa apenas a preservação da liberdade individual e da propriedade dos bens.³³ Em Rousseau encontram-se também os postulados para a representação popular por meio do voto, com efetiva participação na vontade do governo: *o cidadão consente todas as leis, mesmo as*

Estado Absolutista. In MEZZARROBA, Orides (org.). **Humanismo Político**: presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 170.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 46.

³¹ SILVA, Juvêncio Borges da, TAVARES NETO, José Querino. John Locke e os Fundamentos do Estado Liberal. In MEZZARROBA, Orides (org.). **Humanismo Político**: presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007 p. 178.

³² LOCKE, John. Segundo **Tratado sobre o Governo Civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 95-96.

³³ MEZZARROBA, Orides. Montesquieu. In MEZZARROBA, Orides (org.). **Humanismo Político**: presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 212.

*que são aprovadas contra sua vontade, e mesmo as que o punem quando ousa violar alguma delas. A vontade constante de todos os membros do Estado é a vontade geral; por ela é que eles são cidadãos e livres*³⁴.

O resultado prático da formulação dos direitos naturais é visto numa série de documentos, sobretudo da sociedade inglesa, que reconhecem uma série de direitos aos cidadãos, com destaque para os postulados liberais de liberdade, propriedade e segurança. É possível destacar a Magna Carta de 1215, já tratada em tópico acima, o *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689. Todos esses documentos representam a progressiva limitação do poder monárquico e a afirmação da representação popular por meio do parlamento e são a base para a positivação destes direitos, como direitos fundamentais, posteriormente em uma Constituição³⁵, tanto assim que os referidos diplomas compõem os textos esparsos da Constituição Inglesa.

Dois outros documentos possuem relevância ainda maior para o surgimento do Estado Liberal: a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Estes documentos viabilizaram a positivação de direitos fundamentais na Constituição Americana de 1787 e nas Constituições Francesas de 1791 e 1793.

Sobre os primórdios da assistência de saúde como um direito, deve-se também dar destaque a Declaração Francesa de 1789, tendo em vista ser o primeiro documento que tinha real preocupação com o direito à igualdade, mas com a perspectiva social, destacando que tais direitos eram do homem, do cidadão, e não somente de um indivíduo de uma nacionalidade, mas tão simplesmente por ser humano o indivíduo era titular de todos estes direitos. Ainda, a Constituição Francesa de 1793 reconhecia, dentre outros, o direito ao trabalho, à educação e à assistência social aos pobres, um verdadeiro marco.³⁶ Neste diapasão, via-se

³⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.130.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 42-43.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.

então o esboço da formação de um Estado cuja fonte de poder era o povo e para o povo existia, dando relevo ao conceito de cidadania.

Não é possível falar em solidariedade como valor jurídico sem remeter-se a Revolução Francesa de 1789 e seus desdobramentos nos anos seguintes. As ideias preconizadas na revolução espalharam-se por todos os recantos da Terra e inspiraram inúmeras nações na luta pelos princípios defendidos na Revolução. Foi a França quem trouxe novos temas e vocabulários para a política e para a democracia, dentre eles a noção de fraternidade ou solidariedade³⁷.

No entanto, é necessário tecer algumas ressalvas sobre a Revolução Francesa, a qual, embora defendesse uma sociedade livre, igual e fraterna, não foram exatamente estes valores que imperaram na França em razão da Revolução. Karl Marx³⁸ comentando a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1791 e a Declaração dos Direitos do Homem de 1793, afirma que o homem ali referido nada mais era do que o homem burguês e não uma concepção universal de homem. *Trata-se do homem egoísta, separado do homem e da comunidade.* O direito à liberdade não teria fundamento na vinculação das pessoas umas com as outras, mas sim na separação do homem com os demais, o direito do indivíduo limitar-se a si mesmo. Era exatamente o oposto da solidariedade.

Seja como for, em que pese o intuito não fosse tão nobre, tão pouco fraterno, o mito da liberdade, igualdade e fraternidade inspirou inúmeras revoluções, sobretudo no século XIX³⁹, para que tais valores, efetivamente, passassem a integrar a realidade, representando um embrião da solidariedade como valor jurídico. Os acontecimentos seguintes na história, notavelmente, possuem importante influência dos ideais da Revolução Francesa.

44.

³⁷ HOBBSAWM, Eric J. **A Revolução Francesa**. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 9.

³⁸ MARX, Karl. **Sobre a Questão Judaica**: Apresentação e Pós-fácio Daniel Bessaïd. Tradução de Nélio Schneider (Karl Marx) e Wanda Caldeira Brant (Daniel Bessaïd). São Paulo: Boitempo, 2010, p. 47-49.

³⁹ HOBBSAWM, Eric J. **A Revolução Francesa**. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 57.

Destarte, a revolução francesa é tida como o marco que pôs fim ao absolutismo monárquico, inaugurando uma nova forma de Estado, agora liberal, que embora previsse o direito a liberdade a igualdade não tinha nenhuma preocupação com o outro ou com a dimensão social destes direitos. A explicação evidente para tal fato é que o Estado liberal, antes de visar garantir liberdade e igualdade, visou a criação das bases para a instalação de um governo orientado seguindo os valores burgueses, do livre-comércio e do patrimonialismo, valores estes que culminaram em grande exclusão social e exploração econômica.

O Estado Liberal, no âmbito privado visava garantir a liberdade e a igualdade, direitos estes necessários para uma atuação livre no novo mercado que se formara, bem como, no âmbito público, com organização completa e definida, com a divisão de poderes, atribuição de competências específicas a atuação vigilante, mas que se absteve de realizar maiores intervenções para a garantia do livre mercado. O indivíduo era o protagonista jurídico na seara privada e o agente participativo capaz de mudar a realidade política. O problema era que o Estado Liberal e a própria Constituição ignoravam parte da realidade, da existência de classes desfavorecidas e marginalizadas. O direito, tornou-se mais um instrumento de dominação e manutenção da hegemonia de parcela da população, era a representação jurídica do egoísmo⁴⁰.

1.5 O Advento do Estado de Bem-Estar Social

Durante o século XIX a classe operária, sobretudo na Inglaterra, conquistou uma série de direitos, como redução e limitação da jornada de trabalho, proibição de trabalho para menores de idade, jornada especial para mulheres, direito de se sindicalizar, direito de greve, dentre tantos outros. Os direitos conquistados pelos trabalhadores ingleses não tardaram a influenciar a política e se espalharam por toda Europa para depois ganharem contornos internacionais. Estes direitos representavam um avanço frente as conquistas dos direitos individuais em razão

⁴⁰ MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría Constitucional de La Solidaridad**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 41-42.

da revolução burguesa. Em 1864 surgiu a Associação Internacional de Trabalhadores, conhecida como a Primeira Internacional. Neste espaço, figuras como Karl Marx e outros iniciaram uma progressiva discussão e criação de estratégias para que o Estado passasse a implementar os direitos sociais visando a igualdade dos cidadãos, com destaque para os direitos de cunho prestacional e solidário, de interesse direto da classe trabalhadora que era extremamente numerosa. O Estado deveria ser um agente dos trabalhadores e não seu opressor. Tais movimentos resultaram na efetiva internacionalização de direitos sociais por meio da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁴¹.

A Constituição Mexicana de 1917 pode ser considerada como a primeira que efetivamente albergou em seu texto tanto os direitos individuais, como os coletivos, em tom conciliatório, mas é a Constituição de Weimar, de 1919, que é considerada como o marco da fundação do Estado Social. Em seu texto eram reconhecidas as liberdades individuais, os direitos sociais e também dispositivos de proteção à família, a educação e ao trabalho, direitos estes nitidamente de caráter também solidário. O texto desta Constituição foi norte inspirador para inúmeras outras Constituições nos mais diversos países⁴², surgindo assim o Estado de Bem-Estar Social.

Estes Estados tem como características a prestação de serviços sociais aos cidadãos, tais como moradia, assistência social, emprego, educação, saúde, previdência, etc, além de garantir uma série de limitações a atuação do poder econômico com a garantia de direitos aos trabalhadores como férias, jornada de trabalho limitada, descanso semanal remunerado, adicional noturno, direito de greve, salário mínimo, liberdade sindical, etc.⁴³

Todo este processo culminou com a internacionalização dos direitos humanos, reconhecendo-se que a violação dos direitos humanos não poderia mais ser

⁴¹ SINGER, Paul. A Cidadania para Todos. In PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi. (org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2013. p. 231-233.

⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**: Temas Clave de La Constitución Española. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 35-36.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 42-43.

tratada tão somente como uma violação do direito nacional, mas uma questão de abrangência internacional. Tal preceito resultou em uma série de direitos solidários como aqueles referentes à proteção humanitária dos refugiados de guerra, a autodeterminação dos povos, sobretudo na época da descolonização, direitos iguais e próprios das mulheres, o combate ao genocídio, a tortura e a discriminação, escravidão, etc. Neste processo de internacionalização dos direitos, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no âmbito da ONU, os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e Direitos Sociais e Culturais de 1966 em Nova Iorque, no âmbito do sistema americano de proteção aos direitos humanos e os tratados na esfera européia, como o Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950 e a Carta Social Europeia de 1961.⁴⁴

Em que pese o avanço do reconhecimento dos valores de solidariedade em diversos documentos jurídicos percebe-se, atualmente, um panorama de risco para a sua consolidação. Tais direitos sociais, sejam de segunda ou terceira geração, continuam ameaçados. Destaque para a crise europeia e a conduta de muitos Estados em reduzir direitos e benefícios sociais como medidas de austeridade fiscal e econômica para manutenção do atual sistema financeiro e as recentes movimentações populares no Brasil pela luta ainda pela implantação efetiva (não somente no papel) de direitos como saúde, transporte, moradia, educação e assistência social. Assim, pode-se afirmar, seguramente, que o Estado de Bem-Estar Social ainda encontra-se em fase de implementação, pois não há efetividade suficiente para se falar em consolidação.

2. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A efetivação do direito a saúde implica, antes de mais nada, numa breve análise do disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal⁴⁵. Segundo este dispositivo os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, ou seja, não

⁴⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**: Temas Clave de La Constitución Española. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 37-38.

⁴⁵ § 1º - *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

precisam de outra norma que regulamente o exercício destes direitos para que sejam efetivos. Não há qualquer dúvida sobre esta aplicabilidade no que se refere aos direitos fundamentais de primeira geração, de liberdade negativa, que implicam numa imposição de abstenção do Estado em interferir no livre exercício de direitos como liberdade, propriedade, reunião, etc., notadamente estampados no próprio artigo 5º. Ocorre que, além dos direitos individuais de autonomia subjetiva, os direitos fundamentais possuem um significado mais amplo, que compreendem também os direitos econômicos, sociais e culturais⁴⁶.

Alguma dificuldade surge, porém, no que tange a aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais, aqui notadamente o da saúde, de segunda geração, previsto de maneira abstrata no caput do artigo 6º da Constituição⁴⁷, cuja principal característica é a exigência de uma prestação positiva por parte do Estado, o que implica alto custo financeiro e manejo de grande estrutura física e organizacional.

O fato do direito à saúde encontrar-se no artigo 6º e não no artigo 5º da Constituição é o primeiro obstáculo enfrentado para afirmar sua aplicabilidade direta e imediata, pois é o artigo 5º que traz o rol de direitos fundamentais, o que, em tese, poderia implicar o direito à saúde ser uma norma programática ou pendente de regulamentação. Ocorre que, a Constituição não afirma, em qualquer dispositivo, que esta eficácia direta e imediata prevista no §1º não se estenda a outros direitos fora do rol do artigo 5º. Perceba-se também que não se nega a aplicabilidade direta e imediata de outros direitos fora deste rol como o direito de greve (art. 9º), os direitos trabalhistas (art. 7º) ou os direitos políticos (art. 14). Ainda, o artigo 5º, §2º, da Constituição,⁴⁸ expressamente, contempla a possibilidade de que outros direitos, previstos em diplomas diversos da própria Constituição, como nos tratados internacionais, tenham esta mesma

⁴⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**: Temas Clave de La Constitución Española. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 47.

⁴⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁴⁸ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

efetividade.⁴⁹ Portanto, o texto constitucional em momento algum afirma ou dá a entender que os direitos sociais de cunho prestacional não teriam, também, aplicabilidade direta e imediata.

Diferentemente de outros direitos sociais que não possuem qualquer outra disposição tal qual a constante no artigo 6º da Constituição Federal, o direito a saúde encontra especial disposição no artigo 196⁵⁰, o qual inaugura uma seção inteira dedicada a matéria, o que deixa clara a especial preocupação com a tutela deste direito social por parte do legislador constituinte. Algumas previsões deste artigo constituem nova problemática como "*a saúde é direito de todos e dever do Estado*", além de "*acesso universal e igualitário*". Estas disposições revelam uma faceta da justiça social, consubstanciada no desenvolvimento do direito de solidariedade vertical que compreendem as atividades desenvolvidas pelo Estado em busca de uma maior justiça social, bem como o oferecimento de serviços e benefícios sociais para os cidadãos. Trata-se da distribuição da riqueza gerada em prol daqueles mais necessitados⁵¹. Se a saúde é direito de todos, é universal e dever do Estado, significa que para a sua concretização, necessariamente, enormes despesas e estrutura precisam ser disponibilizadas.

É de notório conhecimento em nossa sociedade a situação de calamidade que se encontra a prestação deste serviço, em claro desrespeito a força normativa da Constituição. A não prestação deste serviço de uma maneira ao menos regular encontra na senda política inúmeras explicações, mas a juridicamente mais robusta é a chamada "reserva do possível". Tal expressão teve origem na década de 70 do século passado, na Alemanha, quando dois juristas daquele país formularam ideias sobre o descontrole dos gastos do Estado com os direitos sociais. W. Martens afirmava que os direitos sociais somente poderiam ser garantidos dentro das possibilidades e adequação do Estado e Peter Häberle

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 263.

⁵⁰ 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.*

⁵¹ MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría Constitucional de La Solidaridad**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 58.

trouxo a ideia de que os direitos sociais, dentre outros, dependem da capacidade e reserva financeira do Estado⁵². Tais argumentos foram também utilizados pela Corte Constitucional Alemã em um caso concreto envolvendo pedido de acesso ao ensino superior, que tornou famosa a expressão. Atualmente, é comum o Estado contestar pedidos judiciais de direitos ligados a prestação da saúde, como o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos específicos, tendo como fundamento a reserva do possível, disposições orçamentárias, etc.

De fato é inegável que os direitos sociais prestacionais tem um alto custo, notadamente, do direito à saúde, e que a sua aplicação depende da capacidade financeira do Estado, de disponibilidade de recursos. O que se deve ter em mente quanto a isso é que na busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, tais argumentos não podem representar obstáculos intransponíveis para o exercício dos direitos sociais⁵³. Se o texto constitucional prevê o acesso a este direito ele precisa ser prestado. Nenhum dos poderes constituídos pode se valer argumento do custo do serviço para não prestá-lo, de maneira a impedir a eficácia das disposições constitucionais.

Não são poucos também os que sustentam que argumentos como o da reserva do possível representam apenas um véu sobre a verdadeira razão da negação da prestação dos direitos sociais. A globalização, a cultura do consumo, do apelo excessivo à propriedade e ao individualismo tem em muitos casos se tornado o norte direcionador da produção legislativa e de decisões judiciais. Além disso, o sistema econômico-financeiro tem se tornado o principal fator de pressão para a ineficácia dos direitos humanos, sobretudo direitos coletivos e direitos difusos (no qual se incluem os sociais). Por estas razões afirma-se que o poder do Estado vem sendo fragilizado por não mais dispor de instrumentos eficazes para o controle dos agentes econômicos⁵⁴. A política tem servido as determinações do

⁵² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p.382.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 286-287.

⁵⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 29.

mercado e o direito as da economia. Os interesses do mercado são de um Estado enfraquecido que não interfira na livre celebração dos negócios e, por via de consequência, postula por um Estado mínimo, pouco interventor e, portanto, pouco prestativo. Tal fenômeno descrito por Konrad Hesse denomina-se de "escavação dos direitos fundamentais"⁵⁵, com o claro intuito de desconstituir direitos anteriormente conquistados ou simplesmente impedir a sua efetivação. Embora não seja o escopo deste trabalho, não se pode deixar de considerar tais afirmações profundamente ligadas ao fenômeno da transnacionalidade e do enfraquecimento da soberania do Estado.

Diante de tais fatos e argumentos de cunho econômico, não se pode negar, que existe uma indissociável vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo este um dos postulados nos quais se fundamenta o direito constitucional da atualidade⁵⁶. Para se viver com dignidade é necessário, por certo, condições mínimas para o desenvolvimento pessoal e social. A liberdade de fato somente pode ser almejada se o sujeito é capaz de viver sem a interferência externa, no sentido de se autogovernar e ser independente. Para que tal autonomia mínima seja atingida, é essencial a eficácia de políticas públicas voltadas a atenção básica, como educação e saúde, que nada mais são que deveres do Estado por determinação constitucional⁵⁷.

É também na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão que se consagrou o reconhecimento de um direito fundamental de obter do Estado garantias mínimas para uma existência com dignidade. Isso inclui a assistência social, saúde, dentro outros benefícios para auxiliar a todos que não possuem condições de garantir a própria subsistência. Esta garantia mínima se chamou de

⁵⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Transnacionalização e Direitos Fundamentais: uma difícil equação. In MONTE, Mário Ferreira e BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.). **Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade**: debate luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39-40.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 26.

⁵⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p. 389.

"mínimo existencial".⁵⁸

Justamente pelo fato dos direitos sociais prestacionais terem um custo, o que limita a sua prestação, é que o conceito de mínimo existencial ganhou roupagem. O mínimo existencial é a essencialidade dos direitos fundamentais, sem os quais não é possível viver dignamente. Este mínimo é definido pela própria Constituição e representa as condições mínimas que o Estado tem o dever de garantir ao cidadão para uma existência digna. Ainda, sobre o que exatamente compõe o mínimo existencial não há uma fórmula estanque, tampouco um rol taxativo. Seu conceito é flexível, de caráter variado e relativo, que deve ser interpretado no caso concreto, de acordo com o contexto.⁵⁹

Na jurisprudência do STF vê-se que o mínimo existencial é frequentemente invocado e confrontado frente a reserva do possível, ressaltando-se que Tribunal não está interferindo na competência do poder executivo, mas tão somente dando efetividade a um imperativo constitucional. No julgado abaixo tal situação fica bastante clara:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. **A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública** – foi submetida à apreciação do

⁵⁸ SARLET, I. W. ; FIGUEIREDO, M. F. . **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações.** Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, p. 179, 2007.

⁵⁹ CAMBI, Eduardo. **Neonconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p. 398.

Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. **Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013)⁶⁰ - **Grifos meus.**

O julgado acima deixa evidente que o STF não mais considera o direito à saúde como uma norma programática ou sujeita a qualquer tipo de complementação, mas sim um direito fundamental com eficácia direta e imediata. Na sequência, outro julgado demonstra a amplitude do mínimo existencial que pode incluir medicamentos, fraldas geriátricas e absorventes descartáveis:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Entendimento diverso do adotado pelo Tribunal a quo, concluindo que o fornecimento de fraldas descartáveis seria imprescindível à saúde, ensejaria o reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Precedentes: RE 724.293-AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 11//2013, e RE 726446-AgR/RS, Rel. Min. Teori Zavazcki, Segunda Turma, DJe de 6/5/2013 2. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “Constitucional. direito à saúde. fornecimento DE FRALDAS GERIÁTRICAS DESCARTÁVEIS. responsabilidade solidária de todos os entes da federação. artigos 23, II e 196, constituição federal. Precedentes do supremo tribunal federal, do superior tribunal de Justiça e deste tribunal de justiça. De acordo com firme orientação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o **direito à saúde é dever do Estado,**

⁶⁰ BRASÍLIA, **Supremo Tribunal Federal.** AgR no RE 642536. Relator: Min. Luiz Fux, 2013.

lato sensu considerado, a ser garantido modo indistinto por todos os entes da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, forte nos artigos 23, II e 196, da Constituição Federal, a abarcar, portanto, não apenas o fornecimento de medicamentos, como também o fornecimento de fraldas geriátricas descartáveis e absorventes descartáveis, quando presentes (1) as condições de saúde da parte e (2) a ausência de recursos financeiros para aquisição, consoante se dá na hipótese dos autos.” 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 726449 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 27-08-2013 PUBLIC 28-08-2013) – **Grifos meus**⁶¹.

Neste julgado o STF considerou que o fornecimento de medicamentos, fraudas e absorventes estaria condicionado a ausência de condições de saúde e financeiras do postulante. Neste diapasão, o Supremo aplicou o princípio da razoabilidade, no sentido de que o direito à saúde está atrelado as condições econômicas do sujeito, pois, afinal de contas, tendo em vista que a Constituição autoriza a existência de sistemas de prestação de serviços privados de saúde, a gratuidade ampla e universal, inclusive para aqueles que possuem condições de pagar pelo serviço ou pelo produto sem maiores entraves, seria no mínimo questionável⁶². A definição de quem pode e quem não pode pagar no entanto continua obscura, ainda mais considerando que todos somos contribuintes tributários.

Neste aspecto, deve-se considerar também o desdobramento do valor de justiça social em solidariedade horizontal, aquela desenvolvida no âmbito da sociedade, entre os seus próprios membros, nitidamente ligada a ideia de cooperação em prol do bem comum. Pode-se destacar aqui as atitudes como a preservação do meio ambiente para a atual e futuras gerações, a preservação e o cuidado com o patrimônio público pelos cidadãos, a constituição de associações e sociedades civis de caridade e assistência social⁶³ e também, o custeio do sistema de saúde

⁶¹ BRASÍLIA, **Supremo Tribunal Federal**. AgR no RE 726449 Relator: Min. Luiz Fux, 2013.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 326.

⁶³ MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría Constitucional de La Solidaridad**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 58

em prol daqueles que não tem condições de pagar por um tratamento médico ou por um medicamento. Pagar tributos, ter boas condições financeiras e pagar por um sistema de saúde que será utilizado pelos mais necessitados, mas não pelo próprio contribuinte, é um evidente exemplo de solidariedade horizontal e de exercício de cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O decorrer da história e a realidade atual demonstram que as conquistas pela efetivação dos direitos, notadamente do direito à saúde, possuem construções teóricas bastante consolidadas, no entanto, a aplicabilidade e eficácia destes direitos prestacionais ainda encontram-se em fase de implementação e afirmação.

O direito à saúde, por certo, é uma especificação da isonomia, no sentido de que não se pode admitir que algumas pessoas tenham acesso à saúde e outras não, todavia, é também uma especificação da solidariedade sob o enfoque de que a sociedade organizada, enquanto um Estado de Direito, tem como dever a implementação de políticas para a garantia da saúde para todos, com destaque aos mais vulneráveis, que não possuem outra fonte de amparo senão no próprio Estado. Os direitos sociais ou de cunho prestacionais são reflexos da solidariedade humana que se organiza em prol do benefício coletivo, jamais com objetivo de dominação ou exclusão de alguns sobre os demais.

Destarte, verifica-se que a efetivação do direito à saúde, sobretudo aos mais necessitados, não pode encontrar óbices em argumentos de cunho econômico como a reserva do possível, uma vez que a própria Constituição considera a saúde como um direito fundamental e dever do Estado. De fato, a dignidade humana, a vida e a própria liberdade não possuem qualquer significado sem o acesso à assistência básica de saúde. É verdade que os direitos possuem custos e que o Estado não dispõe de recursos inesgotáveis. No entanto, certos direitos sociais prestacionais como saúde e educação, que sem qualquer sombra de dúvida, compõe o mínimo existencial para uma vida digna, não podem se

restringir a meras normas de cunho programático. Resta saber, no entanto, se a jurisprudência do STF manter-se-á no mesmo sentido em um algum cenário futuro de crise econômica, em um contexto socialmente desfavorável, em que a pressão do mercado financeiro possa, novamente, implicar em restrição a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

REFERÊNCIAS DS FONTES CITADAS:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 05/10/1988.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. acesso em 13 de junho de 2013.

BRASÍLIA, **Supremo Tribunal Federal**. AgR no RE 642536. Relator: Min. Luiz Fux, 2013.

BRASÍLIA, **Supremo Tribunal Federal**. AgR no RE 726449 Relator: Min. Luiz Fux, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A Idade Média, Nascimento do Ocidente**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, 1997.

HOBBSAWM, Eric J. **A Revolução Francesa**. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

KIERECZ, Marlon Silvestre. Estado, solidariedade e o Direito à Saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

JAEGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego**. Tradução de Artur M. Parreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LOCKE, John. Segundo **Tratado sobre o Governo Civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría Constitucional de La Solidaridad**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MARX, Karl. **Sobre a Questão Judaica**: Apresentação e Pós-fácio Daniel Bessaïd. Tradução de Nélio Schneider (Karl Marx) e Wanda Caldeira Brant (Daniel Bessaïd). São Paulo: Boitempo, 2010.

MEZZAROBA, Orides (org.). **Humanismo Político**: presença humanista no transversal do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

MIGLINO, Arnaldo. **A Cor da Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MONTE, Mário Ferreira e BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.). **Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade**: debate luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**: Temas Clave de La Constitución Española. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi. (org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SARLET, I. W. ; FIGUEIREDO, M. F. . **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde**: Algumas Aproximações..Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, p. 171-213, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto

KIERECZ, Marlon Silvestre. Estado, solidariedade e o Direito à Saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Submetido em: Abril/2014

Aprovado em: Abril/2014