

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – CAMPUS DE**  
**JACAREZINHO**

Daniela Martins Madrid

**DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: A**  
**RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DA**  
**SAÚDE E NA INCLUSÃO SOCIAL**

Jacarezinho/PR  
2013

Daniela Martins Madrid

**DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: A  
RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DA  
SAÚDE E NA INCLUSÃO SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na Linha de Pesquisa “Estado e Responsabilidade: Questões Críticas”, sob a orientação do Prof.º Dr. Gelson Amaro de Souza, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Jacarezinho/PR

2013

**Ficha Catalográfica elaborada pela  
Bibliotecária Lidiane do Prado Reis CRB-8/8579**

Madrid, Daniela Martins

M157d     Direito e dever fundamental social à saúde: a responsabilidade objetiva do Estado na efetivação da saúde e na inclusão social / Daniela Martins Madrid. Jacarezinho, PR - Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2013.  
227 f.

Orientador: Gelson Amaro de Souza

Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2013.

1. Direito social à saúde. 2. Responsabilidade do Estado. 3. Dignidade da pessoa humana. I. Souza, Gelson Amaro de. II. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. III. Título.

CDD 341.272

Daniela Martins Madrid

**DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: A  
RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DA  
SAÚDE E NA INCLUSÃO SOCIAL**

Esta Dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na Área de Concentração: “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão” e na Linha de Pesquisa: “Estado e Responsabilidade: Questões Críticas”.

Banca examinadora:

---

Presidente: Prof.º Dr. Gelson Amaro de Souza (UENP)

---

Membro: Prof.º Dr.º Renato Bernardi (UENP)

---

Membro: Prof.ª Dr.ª Jânia Maria Lopes Saldanha (UFMS)

---

Coordenador do Programa: Prof.º Dr. Vladimir Brega Filho (UENP)

Jacarezinho, 08 de novembro de 2013

*O difícil não é evitar a morte, mas evitar que ela seja injusta.*

*Sócrates.*

**Dedico esta Dissertação:**

Aos meus amados pais *Valdecir Moretti Madrid* e *Valdevina Martins Madrid* pelo amor incondicional e por nunca terem medido esforços para concretizar os meus sonhos, mesmo que isso significasse à renúncia dos seus. Devo aos meus pais tudo o que sei e tudo o que sou.

Ao grande amor da minha vida *Fernando Hiroyuki Tsunoda* por todo amor, carinho, incentivo, companheirismo e paciência. Sem você, minha *Vida*, eu não teria chegado até aqui.  
Muito Obrigada!

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Coordenador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica *Dr. Vladimir Brega Filho* pela seriedade e competência com que conduz as atividades do Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) fazendo do nosso Mestrado referência e orgulho nacional. Agradeço, também, por todo auxílio e ensinamentos transmitidos.

Ao meu eterno Mestre e Orientador *Dr. Gelson Amaro de Souza* por toda a atenção e auxílio na elaboração deste trabalho e por todos os conhecimentos ministrados para que a cada dia nascesse e fosse se concretizando esta Dissertação. Agradeço ao Sr. por todos estes anos em que tive a grande honra de ser a sua aluna na Graduação, na Pós-Graduação e no Mestrado e por tudo o que aprendi e aprendo com as *Vossas* brilhantes e inigualáveis ideias.

A todos os insubstituíveis *Professores do Programa de Mestrado* que contribuíram, a cada aula, para a construção do meu raciocínio e por abrirem a minha mente para o novo, colaborando, dessa forma, no enriquecimento desta pesquisa, sendo esta a materialização de tudo o que vocês me transmitiram.

À banca de qualificação – *Dr. Mauricio Gonçalves Saliba* e *Dr. Renato Bernardi* – pelas inestimáveis contribuições no processo de qualificação – e à banca de defesa – *Dr. Renato Bernardi* e *Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha* – por terem abrilhantado este momento tão importante em minha vida.

Ao Professor *Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral* por todo apoio e por sempre ter me incentivado a seguir meus passos dentro da Pesquisa Científica.

Aos Professores *Dr. José Artur Teixeira Gonçalves* e *Márcio Ricardo da Silva Zago* por toda a amizade e ensinamentos compartilhados no percorrer deste trabalho.

À querida *Maria Natalina Costa* por toda atenção, carinho e auxílio sem os quais o resultado não seria o mesmo. Obrigada por tudo!!!

A todos *os novos e inesquecíveis amigos da 8ª turma deste Mestrado* que marcaram a minha vida e a modificaram para sempre. Saudades das nossas eternas aulas!

Por fim, a todas *as pessoas que acreditaram e torceram* por mim fazendo com que eu tivesse à permissão de *Viver* profundamente este Mestrado e não apenas cursá-lo.

*Muito Obrigada!*

MADRID, Daniela Martins. **Direito e dever fundamental social à saúde: a responsabilidade objetiva do Estado na efetivação da saúde e na inclusão social.** 2013. 227 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, 2013.

## RESUMO

O presente trabalho aborda a responsabilidade civil do Estado perante a não concretização do direito fundamental social à saúde como forma de garantir o acesso das pessoas hipossuficientes e enfermas aos demais direitos fundamentais (tais como: direito à vida, moradia, escola, trabalho, dentre outros), além da efetivação do direito fundamental à inclusão social. Para se alcançar a finalidade apontada acima, parte-se da problemática de que o artigo 196, da Constituição Federal de 1988 ao prever que a saúde é “direito de todos e dever do Estado” acabou por legitimar a responsabilidade e o dever fundamental do Estado na concretização do artigo 6º da Constituição Federal e dos dispositivos concernentes à Lei n.º 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), uma vez que, a mera positivação de um direito sem a sua operacionalização, acaba por gerar injustiças e exclusão social por ser, apenas, uma legislação simbólica e ideológica, ou seja, não adianta garantir o direito à saúde se não for garantido o pleno direito de acesso à saúde. Objetiva-se, assim, demonstrar que em matéria de direito fundamental social à saúde há parâmetros mínimos que devem ser observados – daí falar-se em mínimo existencial – uma vez que se houve a previsão legal do direito à saúde em âmbito constitucional e sua especificação na Lei n.º 8.080/90 é porque há a possibilidade da sua aplicação prática. Soma-se a esta afirmação o fato de que, não há nada mais urgente e essencial do que a saúde da população, uma vez que a pessoa com saúde terá condições de alcançar e atingir os outros direitos fundamentais e a própria dignidade da pessoa humana. Neste aspecto, a pesquisa pontua a necessidade de maximizar o mínimo existencial frente à reserva do possível e da própria limitação orçamentária, tendo em vista os inúmeros casos de desvio de dinheiro público (como por exemplo: a corrupção que é uma das faces do patrimonialismo) para atingir objetivos nefastos e particulares em detrimento de toda a sociedade o que revela o desvirtuamento do Estado dentro do compromisso/finalidade ao qual fora criado – que era o de proteger a população – impulsionando à “banalização do mal” e gerando à violência institucionalizada e por omissão na não efetivação do direito à saúde, devido ao surgimento do Leviatã “às avessas”, sendo inevitável ocorrer à “libertação” deste cenário de exclusão e abuso. Por sua vez, quando o acesso à saúde não for alcançado por meio do acesso à justiça devido à postura omissa do Estado na efetivação do texto constitucional e legal caberá sempre à responsabilidade objetiva do Estado se for demonstrado que houve uma conduta, um nexo de causalidade e um dano à pessoa que aguardava um provimento jurisdicional em relação ao seu quadro de saúde. Para atingir esta finalidade, o trabalho está centralizado/delimitado dentro da Linha de Pesquisa: “Estado e Responsabilidade: Questões Críticas”, seguindo os métodos dedutivo e histórico, além das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direito Social à Saúde. Efetivação. Mínimo Existencial. Maximização. Corrupção. Banalização do Mal. Violência por Omissão. Responsabilidade do Estado. Libertação. Dignidade da Pessoa Humana. Inclusão Social.

MADRID, Daniela Martins. **Fundamental social right and duty to health: strict liability of the State in the effectiveness of health and social inclusion.** 2013. 227 f. Thesis (Masters) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, 2013.

## ABSTRACT

This paper covers the State's civil liability towards the failure to achieve the fundamental social right to health as a way to ensure the access of hyposufficient and ill people to other fundamental rights (such as rights to life, housing, school, work, among others), and the realization of the fundamental right to social inclusion. In order to achieve the purpose indicated above, it starts from the problem that the Article 196 of the Constitution of 1988 that provides that health is "right and duty of the state" ultimately legitimize the fundamental liability and duty of the State in the implementation of Article 6 of the Constitution and the provisions concerning the law n. 8.080/90 (Health Law), since the mere positivization a right without its operationalization, ultimately generates injustice and social exclusion because it is only symbolic and ideological legislation, in other words, there is no use to ensure the right to health if it is not guaranteed the full right of access to healthcare. The objective is, therefore, to demonstrate that there are minimum parameters that must be observed in matters of fundamental social right to health – hence we speak of minimum existential – as if there was a legal provision of the right to health in the constitutional framework and its specification Law n. 8.080/90 because there is a possibility of its practical application. What adds to this assertion is the fact that there is nothing more urgent and essential than the health of the population, since a healthy person will be able to achieve and reach other fundamental rights and human being dignity. In this regard, the research points out the need to maximize the minimum existential towards the possible reserve and the very limited budget, considering the numerous cases of misuse of public money (eg: corruption as one of the faces of patrimonialism) in order to achieve nefarious and private purposes to the detriment of society as a whole reveals that the distortion of the state within a commitment / order which had been created – which was to protect the population – boosting the "banality of evil" and generating institutionalized violence and by omission in not ensuring the right to health, due to the appearance of the Leviathan "in reverse", it is inevitable to occur "liberation" of this exclusion and abuse scenario. Therefore, when access to healthcare is not achieved through justice access because of the negligent attitude of the State in the fulfillment of the constitutional and legal law, it shall always lie with the strict liability of the State if it is established that there was a conduct, a causal link and injury to the person that was waiting for a jurisdictional provision regarding their health situation. To achieve this purpose, this paper is centered / delimited within the research line: "State and Responsibility: Critical Issues", following the deductive and history methods, and the techniques of documentary and bibliographic research.

**Keywords:** Social Health Care. Law Enforcement. Minimum Existential. Maximization. Corruption. Banality of evil. Violence by Omission. State liability. Liberation. Human Being Dignity. Social Inclusion.

## **LISTA DE ILUSTRAÇÕES, TABELAS E QUADROS**

### **FOTO**

FOTO 1 – Foto de Pacientes do SUS nos corredores de um hospital .....68

### **FIGURA**

FIGURA 1 – Demonstrativo do Aumento da Arrecadação Tributária no ano de 2012.....97

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>14</b>
1.1 Origem e Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais .....	15
1.1.1 Da fase pré-histórica.....	16
1.1.2 Da fase intermediária .....	20
1.1.3 A fase de constitucionalização dos direitos fundamentais .....	22
1.2 Dimensões de Direitos .....	25
1.2.1 Direitos de primeira dimensão .....	26
1.2.2 Direitos de segunda dimensão.....	27
1.2.3 Direitos de terceira dimensão .....	29
1.3 Do Conceito de Direitos Fundamentais.....	30
<b>2 DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL .....</b>	<b>33</b>
2.1 Os Direitos Sociais e seus Impactos em Âmbito Internacional.....	33
2.2 Direitos Fundamentais Sociais nas Constituições Brasileiras de 1824 à 1988.....	37
2.3 O Artigo 6º da Constituição Federal de 1988: Rol Taxativo?.....	40
2.4 Conceito de Direito Social .....	43
2.5 Os Direitos Sociais e o Estado Social .....	43
<b>3 DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE .....</b>	<b>47</b>
3.1 Evolução Histórica: da Saúde ao Direito à Saúde .....	47
3.2 Conceito de Saúde e de Direito à Saúde.....	55
3.3 O Sistema Único de Saúde (SUS): Lei n.º 8.080/90 – a Lei Orgânica da Saúde .....	59
3.4 A Realidade da Saúde Pública no Direito Brasileiro .....	64
<b>4 DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE.....</b>	<b>74</b>
4.1 Do Mínimo Existencial .....	75
4.1.1 Conceito, alcance e delimitação do mínimo existencial.....	76
4.1.2 Os reflexos do mínimo existencial no direito à saúde.....	80
4.2 Limite à Concretização do Mínimo Existencial: a Reserva do Possível .....	85
4.3 Maximização do Mínimo Existencial: Prioridade Orçamentária deste Instituto como Forma de Inclusão Social .....	90
4.4 Do Constitucionalismo ao Neoconstitucionalismo .....	100
4.5 Dos Princípios Constitucionais .....	103
<b>5 DO DIREITO DE ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: A SAÍDA DA TEORIA À PRÁTICA .....</b>	<b>110</b>
5.1 Evolução Histórica do Acesso à Justiça .....	112
5.2 Do Acesso à Justiça: Conceito e Alcance Terminológico.....	115
5.3 Obstáculos à Efetividade do Acesso à Justiça.....	119
5.3.1 Custas judiciais.....	119
5.3.2 Possibilidade das partes.....	122
5.3.3 Aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou defesa .....	123
5.3.4 Tempo: morosidade processual .....	125
5.4 Processo: Efetividade do Acesso à Justiça? .....	129
5.4.1 Da equivocada interpretação das leis .....	130
5.4.2 Excesso de formalismo/burocracia do processo.....	131
5.4.3 Confusão de terminologias dentro do processo.....	134
5.5 Acesso à Justiça como Forma de Inclusão Social .....	135

<b>6 A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE.....</b>	<b>138</b>
6.1 Da Concepção sobre Violência .....	138
6.2 O Estado na Figura do Leviatã: o Artigo 196 da Constituição Federal de 1988.....	141
6.3 Do Leviatã às “Avevasas”: a Violência Institucionalizada e por Omissão na Efetivação do Direito à Saúde.....	144
6.4 Corrupção e a Violação ao Direito Fundamental Social à Saúde.....	150
6.4.1 Origem histórica da corrupção no Brasil.....	150
6.4.2 Da corrupção: conceito e abrangência.....	155
6.4.3 Materialização da corrupção no âmbito estatal .....	158
6.4.4 Impactos da corrupção no Estado Democrático de Direito: a violação aos direitos fundamentais à luz da teoria da “banalização do mal” .....	163
6.4.4.1 Corrupção: uso de fatores desumanos e a afronta aos direitos fundamentais .....	164
6.4.4.2 Corrupção: reação apática da população e o processo de normalização da desumanidade e das calamidades dos “sem-direitos” .....	167
6.4.5 O poder de mudar a corrupção .....	169
6.4.6 Necessidade de “libertação”: a teoria/filosofia de Enrique Dussel .....	171
<b>7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE A INEFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE .....</b>	<b>174</b>
7.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Estado: da Irresponsabilidade à Responsabilidade Objetiva na Saúde Pública .....	174
7.1.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado.....	174
7.1.2 Teoria civilista.....	177
7.1.3 Teoria publicista.....	180
7.1.4 Teoria da responsabilidade objetiva.....	181
7.2 Conceito e Elementos da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado .....	183
7.3 Responsabilidade Objetiva do Estado: Previsão nas Constituições Brasileiras .....	185
7.4 Responsabilidade Objetiva do Estado na Seara da Saúde Pública: um Dever Fundamental .....	188
7.5 A Responsabilidade Objetiva do Estado como Forma de Garantir à Inclusão Social da População Hipossuficiente.....	197
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>200</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>202</b>

## INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto enfocou a ausência de concretização do direito fundamental social à saúde e os seus reflexos diante da não efetivação dos demais direitos fundamentais e da consequente exclusão social das pessoas hipossuficientes e que enfrentam algum problema de saúde.

Dentro da temática levantada acima, a justificativa e a relevância social de se abordar este objeto de estudo estão relacionadas ao fato de que o direito à saúde não pode ser limitado à previsões meramente simbólicas e ideológicas sem o condão de aferir na prática àquilo que fora previsto constitucionalmente e nas demais legislações.

Desta maneira, a problematização central levantada reside no seguinte apontamento: O artigo 196 da Constituição Federal, ao estabelecer que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, acabou legitimando a responsabilidade civil objetiva do Estado e, conseqüentemente, o seu dever fundamental, em caso de descumprimento e não operacionalização real – e não fática – do direito à saúde?

Nesta linha de raciocínio, o objetivo posto em foco foi apontar que não basta a simples previsão do direito à saúde no texto formal da Constituição Federal de 1988 e da Lei n.º 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) se não for garantido a sua ampla materialização na prática. E, para que este ideal se concretize, torna-se vital à concretização do direito à saúde por meio da maximização do mínimo existencial que deve prevalecer frente à reserva do possível e sobre as alegadas limitações orçamentárias, tendo em vista que as doenças existentes não são uma “surpresa” ao Estado e, sendo assim, precisam ser previstos recursos públicos para a promoção da saúde e da vida digna.

Objetivou-se, ainda, demonstrar que a reserva do possível não pode ser um mero pretexto para a não utilização do orçamento público na esfera da saúde pública. Isso se constata uma vez que o orçamento público – que era para ser destinado à efetivação dos direitos fundamentais sociais, com destaque para a saúde pública – vem sendo utilizado para fins antagônicos aos das verdadeiras necessidades reinantes na população brasileira, uma vez que há gastos supérfluos com publicidade governamental, além do desvio de dinheiro público por meio da corrupção que atinge o Legislativo, Executivo e Judiciário o que vem ocasionando na “banalização do mal” e revelando, a cada dia, um Estado cada vez mais

violento e sem compromisso com as reais necessidades de seu povo que clama, ainda que timidamente, por igualdade, mas não é mais visto e nem ouvido por quem detém o poder.

Para que fosse possível entender o problema levantado tornou-se vital a delimitação de seu estudo que se voltou à origem histórica dos direitos fundamentais até se chegar ao direito fundamental social destacando a sua importância como um direito de segunda dimensão e a especificação deste direito dentro da área da saúde com destaque para a saúde pública no Brasil tanto no que se refere à ideologia prevista na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.080/90: Sistema Único de Saúde (SUS) ideal/constitucional e na sua realidade: Sistema Único de Saúde (SUS) real.

Após esta abordagem, a pesquisa caminhou para a necessidade de concretização do direito à saúde, com a saída da teoria à prática demonstrando a imprescindibilidade da maximização do mínimo existencial – em detrimento da reserva do possível – e da busca pelo acesso à saúde por meio do Judiciário sempre que não for efetivado o texto constitucional e legal. Contudo, caso o direito à saúde ainda assim não seja concretizado torna-se fundamental à responsabilidade civil objetiva do Estado como forma de resgatar o objetivo ao qual fora criado o Estado que era o de justamente proteger as pessoas de qualquer forma de violência e não o de ser um protagonista da própria violência com a omissão na efetivação de direitos fundamentais e da sua passividade diante do crescimento da corrupção e dos reflexos negativos gerados por ela, que impedem/dificultam a materialização do direito fundamental social à saúde, tornando-se indispensável que ocorra à “libertação” deste cenário atual; além da verificação de como os Tribunais vem responsabilizando o Estado.

Nesta linha de desenvolvimento o estudo objetivou, por fim, demonstrar que a concretização do direito à saúde ocasiona a materialização dos demais direitos fundamentais como o direito à vida, à moradia, à educação, ao trabalho e, é claro, o direito à inclusão social, uma vez que a pessoa se reconhecerá como uma cidadã detentora não só de direitos, mas também, de deveres perante a sociedade.

Destarte, o referencial teórico adotado partiu da análise das teorias: do direito fundamental; das dimensões de direito; do Sistema Único de Saúde (SUS); do mínimo existencial; da reserva do possível; das limitações orçamentárias; da maximização do mínimo existencial; do neoconstitucionalismo; do acesso à justiça; da violência; do Estado na figura do “Leviatã”; da corrupção e do patrimonialismo; da teoria da “banalização do mal”; democracia ativa/participativa; da necessidade de “libertação; da responsabilidade objetiva do Estado e da inclusão social.

Como forma de solucionar o questionamento levantado acima, foi utilizado – dentro da Área de Concentração: “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”, com foco na Linha de Pesquisa: “Estado e Responsabilidade: Questões Críticas” – como método principal/de abordagem o método dedutivo, uma vez que se partiu de uma visão geral sobre direitos fundamentais até se chegar na não concretização do direito fundamental social à saúde e os seus reflexos dentro da sociedade com a consequente responsabilização objetiva do Estado como forma de garantir à inclusão social da parcela da população hipossuficiente e enferma.

Para que se pudesse atingir a finalidade mencionada foi utilizado, também, como método acessório o método histórico visto que foi realizado todo um levantamento histórico sobre os temas: direitos fundamentais; direito fundamental social à saúde; acesso à justiça; violência do Estado; corrupção e responsabilidade civil do Estado como forma de se conhecer o passado para que fosse possível compreender o presente e traçar diretrizes para melhorias no futuro.

Como técnicas de pesquisa foram utilizadas, como forma de coletar e analisar os materiais pesquisados, as seguintes: a pesquisa indireta documental (Constituição Federal de 1988, Lei n.º 8.080/90 e jurisprudências) e a pesquisa indireta bibliográfica (por meio de doutrinas, revistas, revistas jurídicas, artigos científicos, jornais e demais publicações científicas).

## 1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nada, absolutamente nada há ou existiria fora da história. O presente, da forma como se encontra atualmente, só se justifica, se fundamenta e se faz real devido a uma sustentação inquestionável da própria história que abraça e ampara o contexto atual, conferindo-lhe a tão esperada credibilidade. Portanto, o “hoje” é o resultado de um processo histórico que o moldou e o confirma.

Nesta linha de raciocínio, como é possível sustentar os direitos fundamentais na contemporaneidade – em especial o direito à saúde<sup>1</sup> – sem antes averiguar o momento de seu surgimento e de sua evolução histórica? Isto seria impossível e demandaria um esforço desnecessário, uma vez que não se trata de um processo repentino e inusitado, fruto exclusivo deste século.

Muito pelo contrário, os direitos fundamentais refletem hoje as conquistas e lutas passadas contra o poder<sup>2</sup>, que marcaram a história e que serão projetadas, também, no futuro, ou seja, trata-se de um processo cíclico e contínuo de cumulação de experiências e não de estancamento e negação de vivências e de períodos.

Isso ocorre, segundo Dirceu Pereira Siqueira e Miguel Belinati Piccirillo (s.d, s.p.), porque estes direitos tiveram um reconhecimento lento e gradual observando a própria experiência das pessoas em sociedade, ou seja, não foram construídos todos de uma única vez.

Norberto Bobbio (2004, p. 25) consagra esta ideia ao afirmar que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (Grifou-se).

A comprovação de que os direitos pertencentes ao homem são decorrentes de lutas em busca de garantias contra o poder exercido pode ser constatada a seguir:

[...] a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade

<sup>1</sup> Foco do presente estudo.

<sup>2</sup> Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 36) acrescenta ser a história dos direitos fundamentais do homem, também, a história da limitação do poder.

pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos (BOBBIO, 2004, p. 25)

Ou seja, os direitos fundamentais, da forma que se encontram atualmente, elencados na Constituição Federal de 1988, não apareceram de uma hora<sup>3</sup> para outra sendo frutos de uma evolução gradativa, lenta e interminável que acompanha a própria evolução do homem.

Neste contexto, em cada percorrer da história, é possível observar a evolução e a modificação do direito que caminha ao lado das próprias mudanças e exigências sociais que, por sua vez, são infundáveis. Desse modo, é possível afirmar que a sociedade modifica o direito e, o direito, por sua vez, altera e afeta a sociedade, sendo este um fenômeno interminável e indissolúvel.

Verifica-se, assim, de acordo com Sérgio Resende de Barros (2003, p. 409) que “a natureza humana não é um universo individual” uma vez que “considerada abstratamente – com abstração do fato de que o indivíduo só se realiza na sociedade, como a sociedade só se realiza no indivíduo – a natureza humana é um fundamento extremamente dúctil”, estando, portanto, em constantes e intermináveis transformações.

Por este motivo, antes de se adentrar no estudo do direito fundamental social à saúde, torna-se salutar compreender a origem e a evolução histórica do gênero direitos fundamentais em que aquele é espécie para, após, analisar o seu conceito, assim como será abordado a seguir.

## **1.1 Origem e Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais<sup>4</sup>**

Direitos fundamentais, para quê? Esta é, sem dúvida nenhuma, a primeira indagação que surge quando o assunto versa sobre os direitos fundamentais, ou seja, em que

<sup>3</sup> Norberto Bobbio (2004, p. 26) afirma que os direitos não nascem todos de uma vez e, sim, que nascem quando devem ou podem nascer.

<sup>4</sup> “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 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 (internacional)” (SARLET, 2010, p. 29).

dado momento histórico sentiu-se à necessidade de conferir uma determinada proteção, até então inimaginável, a um certo grupo de pessoas e, como esta ideia espalhou-se pelas Constituições Federais, sendo reconhecida em nível do direito constitucional positivo?

Conforme mencionado anteriormente, os direitos fundamentais foram gradativamente inseridos no meio social, sendo que o seu reconhecimento e proteção ocorreram nas Constituições democráticas, na tentativa de atender os anseios do homem que, por sua vez, já se apresentavam ilimitados.

Todavia, o formato dos direitos fundamentais, na atualidade, difere dos seus esboços iniciais<sup>5</sup>, sendo certo que até os dias atuais, inúmeras foram às mobilizações sociais e, as mutações sofridas, tendo em vista que a sociedade sofreu transformações na mesma proporção de suas necessidades e, conseqüentemente, este processo foi acompanhado pelos direitos fundamentais (SIQUEIRA e PICCIRILLO, s.d., s.p.).

Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 37) afirma que o conhecido mestre de Colônia K. Stern destaca três etapas/fases dos direitos fundamentais que compreenderiam: uma fase pré-histórica, que se estende até o século XVI; uma outra fase intermediária, que abrangeria o período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem e, por fim, a fase da constitucionalização, que teve início em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Para uma melhor elucidação da origem e evolução histórica dos direitos fundamentais far-se-á uma análise à luz de mencionada classificação com destaque inicial para a fase denominada pré-histórica que irá se estender até o século XVI assim como será desenvolvido a seguir.

### **1.1.1 Da fase pré-histórica**

Quando se fala em direitos fundamentais, automaticamente, transpõe-se esta concepção à ideia que se tem da própria Constituição, ou seja, de que os direitos fundamentais não existiram ou existiriam sem este documento escrito.

Dentro desta afirmação, os direitos fundamentais e a Constituição Federal que o prevê acabariam por se confundir em um único objeto, como se fossem sinônimos. Não se

---

<sup>5</sup> Sem, contudo, negar a importância e influência destes resquícios históricos no século atual.

quer retirar aqui a ideia que se tem da Constituição, assim como é defendido por Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 9) de que “lo que cuenta em última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia”<sup>6</sup>.

No entanto, sem subtrair a importância que possui à Constituição Federal, é preciso reanalisar esta interpretação, uma vez que a Constituição não criou direitos fundamentais, mas, sim, previu/confirmou/reconheceu os direitos do homem já existentes, inatos e imprescindíveis a ele.

Neste sentido, é possível reconhecer algumas raízes de possíveis direitos fundamentais no período denominado pré-histórico, embora esteja bem distante do que hoje é considerado direito fundamental.

Fábio Konder Comparato (2010, p. 20) aponta alguns vestígios iniciais do que seriam os direitos fundamentais no período denominado axial que compreendeu os séculos VIII e II a.C., sendo considerado o eixo histórico da humanidade, por ser marcado pela primeira reflexão do homem sobre si mesmo em várias civilizações, sendo este um período decisivo da história.

No período axial enunciaram-se os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais da vida que se encontram em vigor até hoje, sendo certo que, foi a primeira vez na história que o ser humano passa a ser considerado em sua igualdade essencial e surge como detentor de liberdade e razão mesmo diante das diferenças relacionadas ao sexo, raça, religião ou costumes sociais (COMPARATO, 2010, p. 21-24).

Neste contexto, Fábio Konder Comparato (2010, p. 24) assinala que: “lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes”.

Portanto, já é marcante, neste período, o reconhecimento de que existiam direitos inerentes à pessoa humana – e que independeriam da própria vontade humana – que deveriam ser reconhecidos e respeitados por todos os demais.

Seguindo esta linha de desenvolvimento Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 27) afirma que na Antiguidade havia a referência de um Direito superior – não estabelecido pelos homens – mas conferido a estes por meio dos deuses, sendo que isto seria caracterizado como um remoto ancestral da doutrina dos direitos fundamentais, sendo estas

---

<sup>6</sup> “O que se considera em última instância, e do que tudo depende, é a ideia de direito, da Constituição, do código, da lei, da sentença” (Tradução livre).

ideias imortalizadas na peça Antígona de Sófocles<sup>7</sup> e no diálogo De legibus, de Cícero, onde se encontra, neste último, em seu Livro I que: “a lei é a razão suprema, gravada em nossa natureza, que prescreve o que se deve fazer e proíbe o que não se deve fazer”.

Neste ponto, Vladimir Brega Filho (2002, p. 4) afirma, também, que “[...] na Grécia, destacou-se, entre os poetas trágicos, Sófocles (495-405 a.C.), que defendia a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos do homem, outorgados pelos deuses”.

Neste ínterim, é importante destacar que:

[...] o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma-se também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 38) (Grifou-se).

Além da Antiguidade é possível observar, também, na Idade Média, precedentes históricos dos direitos fundamentais. Neste linear, merece destaque os Forais e Cartas de Franquia, a Magna Carta e o *Rule of Law*.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 29) era possível detectar na Europa registros de direitos de comunidades locais ou de corporações por meio de forais ou cartas de franquia, nas quais os “senhores feudais, mormente os reis, outorgavam, inscreviam-se direitos próprios e peculiares aos membros do grupo – direitos fundamentais, sem dúvida<sup>8</sup> – para que, por todo o sempre, fossem conhecidos e respeitados”.

Neste diapasão, é importante destacar que: “*pactos, forais e cartas de franquia*, frequentes na Idade Média, firmaram a ideia de texto escrito destinado ao resguardo de direitos individuais, que a Constituição iria englobar a seu tempo” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 31) (Grifo do autor).

Sem retirar a importância dos forais e das cartas de franquia<sup>9</sup>, merece atenção especial a Magna Carta de 21 (vinte e um) de junho de 1215 que fora outorgada por João sem Terra sendo considerada peça básica da Constituição Inglesa e, portanto, de todo o

<sup>7</sup> Antígona, na peça de Sófocles, afirma que “é justo, ainda que seja proibido, enterrar seu irmão Polinices, por ser justo por natureza. De fato, em resposta à acusação de Creonte, de que estava ela descumprindo a lei particular, Antígona evoca as imutáveis e não escritas leis do Céu, que não nasceram hoje nem ontem, que não morrem e que ninguém sabe de onde provieram” (LAFER, 1988, p. 35).

<sup>8</sup> Embora previstos, apenas, para uma determinada parcela das pessoas, diferentemente do que é consagrado atualmente pela Constituição Federal de 1988.

<sup>9</sup> Outorgados pelos reis portugueses e espanhóis nos séculos XII e XIII (SARLET, 2010, p. 41).

constitucionalismo, por ser o resultado de um acordo entre este rei e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses das cidades de Londres (FERREIRA FILHO, 2010, p. 29).

A Magna Carta marca, assim, os direitos que deveriam ser observados/respeitados e cumpridos pelo Monarca em relação aos seus súditos, o que simbolizaria a própria limitação do poder do rei que era tido como absoluto, ilimitado e intocável.

Prova da afirmação levantada acima é que de acordo com Fábio Konder Comparato (2010, p. 91) houve o “reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas”, sem se tratar, todavia, de delegação de poderes reais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 29-30) acrescenta, ainda, que a Magna Carta consistiu na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos<sup>10</sup> da monarquia e definiu as garantias específicas em caso de violação dos mesmos.

Além disso, a Magna Carta deixava implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei estava naturalmente vinculado pelas próprias leis que editava, sendo que aqui é que se detecta “a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados” (COMPARATO, 2010, p. 91-92) (Grifou-se).

Dessa maneira, a Magna Carta serviu como base para alguns direitos e liberdades civis clássicos que desembocariam e influenciariam os atuais direitos fundamentais previstos nas Constituições, sobretudo a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Portanto, “embora não possamos dizer que se tratava do estabelecimento de direitos fundamentais, era um avanço, pois a Magna Carta fixou princípios que foram se ampliando até a consagração universal” (BREGA FILHO, 2002, p. 8).

Já o *rule of law* consistia “exatamente na sujeição de todos, inclusive e especialmente das autoridades, ao império do Direito”, ou seja, equivalia, “ao Estado de Direito como limitação do poder, num sistema de direito não escrito” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 30).

---

<sup>10</sup> E, não, a todas as pessoas.

Traçando uma análise comparativa entre os direitos mencionados acima com os direitos fundamentais da atualidade, é possível verificar que aqueles não possuíam a abrangência que hoje se verifica na Constituição Federal de 1988, uma vez que foram elaborados e deferidos à apenas um determinado grupo de pessoas o que acabou por promover à estratificação da sociedade medieval.

Todavia, o que se busca demonstrar é a origem e a evolução do pensamento relacionado aos primeiros indícios do que hoje seria os direitos fundamentais e, não afirmar que os direitos daquela época eram exatamente iguais aos que hoje se denomina direito fundamental e que abrange – ou pelo menos deveria abranger – todos as pessoas sem “qualquer” discriminação<sup>11</sup>, diferentemente dos direitos previstos, naquele período, que era conferido à determinadas castas.

Além desta fase inicial denominada pré-histórica, merece destaque, também, a fase intermediária que marca o período da elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem, assim como será focado abaixo.

### 1.1.2 Da fase intermediária

Assim como já mencionado acima, o mundo antigo acabou influenciando diretamente o pensamento jusnaturalista, uma vez que previam, inicialmente, um poder maior e superior que era concedido por meio dos deuses às pessoas.

Dessa maneira, com forte influência da religião e da filosofia começa a surgir à premissa de que o homem era detentor de direitos naturais, irrenunciáveis e inalienáveis a ele pelo simples fato de possuir à condição humana.

Observa-se, neste período, que as nuances das doutrinas jusnaturalistas ganharam força acentuada no século XVI, uma vez que serviram de influência para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII (SARLET, 2010, p. 38).

Neste sentido, Celso Lafer (1988, p. 123) preconiza que:

No jusnaturalismo, que inspirou o constitucionalismo, os direitos do homem eram vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente, a compeli-la mente. Por isso, dispensavam tanto a violência quanto a persuasão e o argumento. Seriam, na

---

<sup>11</sup> Pelo menos na teoria.

tradição do pensamento que remonta a Platão, uma medida de conduta humana que transcende a *polis*, da mesma maneira como, nas palavras de Hannah Arendt ao analisar esta tradição, ‘um metro transcende todas as coisas cujo comprimento pode medir, estando além e fora destas’ (Grifou-se).

A doutrina jusnaturalista – dentro desta ideia de que os direitos do homem eram inatos a ele – acaba por influenciar no surgimento da preocupação relacionada à dignidade da pessoa humana que, atualmente, pode ser considerada o núcleo intangível dos direitos fundamentais, uma vez que todo e qualquer direito fundamental deve ser analisado à luz da dignidade humana.

Neste diapasão, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 38) preceitua que:

[...] o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista Pico della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem (Grifou-se).

É nesta exata interligação entre valores inatos e naturais do homem e a própria dignidade da pessoa humana que se encontra todo o cerne da doutrina jusnaturalista e a sua grande influência no desenvolvimento do próprio Direito Constitucional e da consolidação dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a doutrina jusnaturalista chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento a partir do século XVI, merecendo destaque mais precisamente entre os séculos XVII e XVIII, por meio das teorias contratualistas e do processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista, sendo que, neste contexto, destacam-se os teólogos espanhóis do século XVI: Vitoria y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez (SARLET, 2010, p. 39).

Além destes teólogos, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 39) destaca, também, os nomes dos jusfilósofos alemães: Hugo Donellus que já “[...] em 1589, ensinava seus discípulos, em Nuremberg, que o direito à personalidade englobava os direitos à vida, à integridade corporal e à imagem [...]”; e, de Johannes Althusius que no início do século XVII (1603) defendeu a ideia de igualdade humana e da soberania popular.

Ainda neste cenário, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 39), afirma que o pensamento de Lord Edward Coke (1552-1634) teve uma grande importância na discussão da *Petition of Rights* de 1628 ao sustentar a existência de direitos fundamentais aos cidadãos

ingleses, como por exemplo, a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade, sendo considerado o inspirador da clássica tríade: vida, liberdade e propriedade.

Impende destacar, também, que foi John Locke (1632-1704) o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (tais como: vida<sup>12</sup>, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, contra os detentores do poder, sendo este baseado no contrato social (SARLET, 2010, p. 40).

Neste ínterim, é de suma importância ressaltar o entendimento à seguir:

Cumprе salientar, neste contexto, que Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal. (SARLET, 2010, p. 40) (Grifou-se).

Seguindo a linha de argumentação apresentada acima é possível afirmar que o próprio caminhar da civilização humana acabou por impulsionar os direitos fundamentais, moldando-os dentro da positivação constitucional destes direitos no final do século XVIII, até se chegar à estrutura atual que é consagrada pela Constituição Federal de 1988.

Desse modo, torna-se imprescindível analisar a fase de constitucionalização/positivação dos direitos fundamentais, assim como será realizado a seguir.

### **1.1.3 A fase de constitucionalização dos direitos fundamentais**

De acordo com o raciocínio exposto acima, o jusnaturalismo caminhou até chegar ao ponto da constitucionalização dos próprios direitos naturais até então previstos.

Neste diapasão, embora tenha resquícios dos direitos fundamentais na Antiguidade e na Idade Média, além das fortes influências das doutrinas jusnaturalistas é importante destacar que o documento que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses, ou seja, dos direitos estamentais, para a previsão dos direitos fundamentais

---

<sup>12</sup> Se há o reconhecimento do direito à vida, pode-se concluir que se protegia, indiretamente, à saúde, tendo em vista que é impossível garantir a vida sem, antes, proteger à saúde da população.

constitucionais é a Declaração de Direitos do povo da Virgínia proclamada em 16 (dezesesseis) de junho de 1776.

Vladimir Brega Filho (2002, p. 9) ressalta que “embora na Inglaterra tenha ocorrido o primeiro avanço e a França fosse o centro irradiador do pensamento liberal da época, foi na América, na colônia de Virgínia, que surgiu a primeira *Declaração de Direitos*” (Grifo do autor).

Mencionada Declaração guardou em si as características da universalidade e da supremacia dos direitos naturais, vinculando, dessa forma, todos os poderes públicos, sendo a primeira vez que os direitos naturais do homem – já existentes anteriormente – foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que a fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrada somente com a incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791 (SARLET, 2010, p. 43).

Embora a Declaração da Virgínia seja considerada o marco da previsão dos direitos fundamentais nas Constituições não se pode desconsiderar a relevância da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 04 (quatro) de julho de 1776 e a Constituição dos Estados Unidos da América de 17 (dezessete) de setembro de 1787.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, também, reconhecia direitos fundamentais e “tinha como tônica preponderante a limitação do poder estatal” (BREGA FILHO, 2002, p. 10).

Já em relação à Constituição dos Estados Unidos da América é importante observar que:

Foram elaboradas as dez primeiras emendas aprovadas em 25 de setembro de 1789, quando foi estabelecida a limitação do poder estatal através da separação de poderes e reconhecidos alguns direitos fundamentais, entre eles, a liberdade religiosa, a inviolabilidade de domicílio, o devido processo legal, o júri, a ampla defesa e a impossibilidade de aplicar penas cruéis ou aberrantes (BREGA FILHO, 2002, p. 10) (Grifou-se).

Segundo Vladimir Brega Filho (2002, p. 11) todas as declarações expostas acima influenciaram os revolucionários franceses que, por sua vez, editaram a mais importante e famosa declaração de direitos fundamentais, em 26 (vinte e seis) de agosto de 1789, denominada Declaração dos Direitos do Homem, possuindo mais repercussão que as demais devido ao seu caráter universal e, por ser a França, um centro irradiador de ideias. Assim, referida Declaração era um ato de reconhecimento de direitos naturais e, por este motivo, não criava e nem rememorava direitos.

De acordo com Fábio Konder Comparato (2010, p. 148) “a Revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre os indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentaria até então” deixando como legado a tríade: liberdade, igualdade e fraternidade.

Em relação à luta contra as desigualdades destaca-se que elas:

[...] não apenas foram extintas de um só golpe todas as servidões feudais, que vigoravam havia séculos, como também se proclamou, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Por um decreto da Convenção de 11 de agosto de 1792, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias [...]. (COMPARATO, 2010, p. 149)

Verifica-se, assim, que “tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento” (SARLET, 2010, p. 44).

Frisa-se, portanto, que mencionadas Declarações sofreram reflexos da doutrina jusnaturalista, sendo certo que, apenas reconheceram, ou seja, positivaram em um documento escrito os direitos naturais já existentes pelo simples fato de ser pessoa.

Celso Lafer (1988, p. 123), por sua vez, ressalta que a proclamação dos direitos do homem surge quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes.

Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 44) afirma, ainda, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 “foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX”<sup>13</sup>.

Prova disso é que “a partir da revolução liberal, à semelhança dos outros países europeus e por influência francesa direta, as sucessivas constituições deram abrigo a direitos fundamentais, liberdades e garantias, ainda que com filosofias distintas, diferentes graus de convicção ou ponderações diversas” (ANDRADE, 2001, p. 22).

---

<sup>13</sup> Neste patamar merece destaque a Constituição Belga de 07 (sete) de fevereiro de 1831, que foi a primeira Constituição da Europa a reconhecer os direitos fundamentais dentro de um capítulo autônomo (BREGA FILHO, 20012, p. 12).

É importante destacar ainda que:

[...] a preocupação com o social e com o princípio da igualdade transparece não apenas na Declaração de 1789, mas também na Constituição de 1791, bem como – e principalmente – na Constituição jacobina de 1793, de forte inspiração rousseauiana, na qual chegaram a ser reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados [...] (SARLET, 2010, p. 44) (Grifou-se).

Observa-se, desse modo, que já era marcante desde mencionadas Declarações à preocupação com o social e à proteção aos desamparados que desembocará, mais tarde, na proteção à saúde, assim como será estudado em momento oportuno.

Em âmbito do Brasil, a primeira Constituição a positivizar de forma clara no texto constitucional os direitos do homem foi a Constituição do Império de 1824 (BREGA FILHO, 2002, p. 31).

Neste diapasão é possível afirmar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 teve importante repercussão nas Constituições que foram sendo promulgadas – sobretudo as do Brasil – refletindo os três famosos pilares de sustentação: liberdade, igualdade e fraternidade visualizados nas dimensões de direitos, que serão estudadas a seguir.

## 1.2 Dimensões de Direitos

Assim como esboçado anteriormente, os direitos fundamentais foram surgindo e sendo reconhecidos constitucionalmente quando podiam e deveriam emergir, ou seja, os direitos foram sendo positivados dentro de certas dimensões respeitando-se sempre à necessidade das pessoas em cada período de aparecimento.

Dessa maneira, não há que se falar em “geração” de direito, uma vez que a palavra “geração” induz à ideia de sucessão e de substituição de um direito fundamental por outro e, isso, não merece prosperar, tendo em vista que, cada período histórico veio completar outro e sanar os anseios do homem e, não excluir um direito fundamental já previsto no amparo constitucional.

Nesta linha de raciocínio, Paulo Bonavides (2000, p. 517) observa que: “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo [...]” (Grifou-se).

Isso significa que há uma soma de direitos fundamentais e, conseqüentemente, uma interação entre eles e não uma exclusão/substituição entre um período e outro de seu reconhecimento.

O Dicionário Michaelis (s.d., s.p.), por sua vez, conceitua o termo “dimensão” como sendo: “[...] cada um dos elementos ou fatores que constituem uma personalidade ou entidade completas”.

Da simples análise do conceito de “dimensão”, exposto acima, é possível constatar que ele traz a ideia de união/junção dos direitos fundamentais e não de exclusão assim como apontado na palavra “geração” e, por este motivo, adotar-se-á aquele como terminologia do presente estudo, uma vez que os direitos fundamentais possuem convivência harmônica entre si e natureza cumulativa e, portanto, não foram substituídos ao longo do tempo.

Neste contexto, com base na tríade: liberdade, igualdade e fraternidade constata-se que surgiram, ao seu tempo, as três dimensões de direitos que seriam: os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, que foram aparecendo com as primeiras Constituições escritas, inclusive com as Constituições brasileiras a partir de 1824 e serão abordados a seguir.

### **1.2.1 Direitos de primeira dimensão**

O primeiro lema marcado na Revolução Francesa é a liberdade sendo este direito considerado de primeira dimensão uma vez que impulsionou os direitos do indivíduo contra o Estado no qual este não poderia intervir/atuár.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 46) estes direitos encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (merecendo destaque os seguintes nomes: Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), uma vez que a finalidade principal do Estado seria à realização da liberdade do indivíduo; além das revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do Ocidente.

São, dessa forma, direitos de defesa, no qual se demarca uma zona de não-intervenção do Estado ao lado de uma autonomia do indivíduo o que representa direitos eminentemente “negativos”, “de resistência”, ou de “oposição” perante o Estado, pois visam

uma abstenção, ou seja, um não fazer por parte do Estado; não se cobrando, desse modo, uma conduta positiva dos poderes públicos (SARLET, 2010, p. 47).

Dessa maneira, os direitos de primeira dimensão constituem um limite de atuação do próprio Estado, ou seja, direitos de defesa onde o poder estatal não poderia intervir para não afrontar à liberdade da população.

Vladimir Brega Filho (2002, p. 22) ensina que:

Tais direitos, também, chamados de *Liberdades Públicas*, direitos individuais ou direitos civis e políticos, são classificados como direitos de primeira geração. Entre esses direitos estariam os direitos tradicionais que dizem respeito ao indivíduo (igualdade, intimidade, honra, vida, propriedade e outros), complementados pela liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de manifestação, de reunião e pelos direitos de participação política.

Portanto, os direitos de primeira dimensão representam os direitos do indivíduo à igualdade perante a lei, à intimidade, à honra, à vida, à propriedade, dentre outros, em face do próprio Estado, o que demonstra a limitação do poder do Estado frente aos seus cidadãos.

Ressalta-se que no Brasil, a Constituição do Império de 1824 reconheceu, pela primeira vez, os direitos de primeira dimensão, garantindo direitos à legalidade, à irretroatividade da lei, à igualdade, à liberdade de pensamento, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, ao sigilo de correspondência, dentre outros direitos individuais; além de abolir os açoites, a tortura, a marca de ferro e várias penas cruéis que eram utilizadas na época (BREGA FILHO, 2002, p. 32).

Todavia, não bastava a não intervenção do Estado diante dos direitos do indivíduo e, desse modo, sem afastar esta dimensão de direito, sentiu-se a necessidade de serem reconhecidos, também, os direitos de segunda dimensão assim, como se encontra destacado abaixo.

### **1.2.2 Direitos de segunda dimensão**

Os direitos de segunda dimensão, por sua vez, representam a igualdade necessária e prevista na Revolução Francesa e, diferentemente dos direitos de primeira dimensão, requerem uma intervenção/uma conduta ativa do Estado (direitos positivos) diante de alguns direitos fundamentais tais como os direitos sociais – dentre eles o direito à saúde – econômicos e culturais.

Celso Lafer (1988, p. 128) afirma que o reconhecimento destes direitos, no plano do direito positivo, encontra-se estampado na Constituição Francesa de 1791, que “previa a instituição do *secours publics* para criar crianças abandonadas, aliviar os pobres doentes e dar trabalho aos pobres inválidos que não o encontrassem” (Grifou-se).

Neste contexto, verifica-se que “[...] apenas os direitos individuais (Liberdades Públicas) não eram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, pois havia a necessidade de se criarem condições para o seu exercício” e, por este motivo, “foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais” (BREGA FILHO, 2002, p. 23).

Não bastava, por exemplo, garantir à segurança da inviolabilidade pelo Estado ao direito à vida (direito de primeira dimensão) se não fosse protegido e assegurado o direito à saúde (direito de segunda dimensão), uma vez que seria impossível resguardar a vida das pessoas e não a sua saúde, tendo em vista que uma depende da outra.

Os direitos de segunda dimensão surgem, assim, como forma de completar os direitos de primeira dimensão previstos anteriormente e que sozinhos não conseguiram satisfazer as necessidades das pessoas.

Esta ideia de complemento, entre estas duas dimensões de direitos, confirma a tese de que as dimensões de direito interagem de forma harmônica entre si, como forma de garantir os direitos fundamentais como um todo e, por este motivo, não se excluem ou se anulam.

Neste cenário, observa-se que, há uma complementaridade, “entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas” (LAFER, 1988, p. 127).

Portanto, os direitos de segunda dimensão são direitos positivos do Estado, ou seja, este precisa fazer/intervir na saúde, na educação, no trabalho, na assistência aos desamparados, dentre outros direitos, para que seja promovida a própria justiça e paz social.

Nos dizeres de Celso Lafer (1988, p. 127) “[...] os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais [...]”.

Destaca-se, ainda, que no Brasil a Constituição de 1824 já previa alguns direitos sociais, tais como o direito à educação primária gratuita a todos os cidadãos (artigo

179, inciso XXXII) e o direito aos socorros públicos (artigo 179, inciso XXXI)<sup>14</sup>. No entanto, a primeira Constituição brasileira a prever uma ordem econômica e social foi a de 1934, assim como será analisado no próximo capítulo.

Além, do direito de segunda dimensão destacado em nível de mundo e de Brasil fez-se preciso, também, resguardar os direitos de terceira dimensão, assim como será exposto abaixo.

### 1.2.3 Direitos de terceira dimensão

A terceira dimensão dos direitos fundamentais é marcada pela ideia de fraternidade que fora depositada na Revolução Francesa e fecha, dessa forma, o último pilar da tríade: liberdade, igualdade e fraternidade, sendo resultado – assim como os demais direitos – de novas exigências/reivindicações sociais.

A grande marca dos direitos fundamentais de terceira dimensão, também reconhecidos como direitos de fraternidade ou de solidariedade, é o fato de que possuem como destinatário à proteção de grupos humanos – tais como: família, povo e nação – e, não mais, a figura do homem-indivíduo, assim como era nos direitos de primeira e segunda dimensão (SARLET, 2010, p. 48).

Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão destaca-se: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito à autodeterminação dos povos, sendo considerados direitos transcendentais por pertencerem a todos e não a uma pessoa determinada (BREGA FILHO, 2002, p. 23).

Referidos direitos, cuidam-se “[...] no mais das vezes, da reivindicação de novas liberdades fundamentais, cujo reconhecimento se impõe em face dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século” (SARLET, 2010, p. 50).

---

<sup>14</sup> Art. 179, da Constituição de 1824: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

[...]

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos”.

Frisa-se que as dimensões dos direitos sociais foram aparecendo como forma de sanar e suprir as próprias deficiências sentidas pela população, tendo, portanto, surgido dentro das exigências do homem como ser pertencente ao meio social.

Destarte, como as necessidades e exigências humanas são infinitas e dúcteis e – por ser o homem um ser em constante modificação – pode-se afirmar que os direitos fundamentais ainda encontram-se em profunda, constante e interminável evolução.

Por este motivo, enquanto o homem estiver em busca da conquista de um direito haverá a possibilidade de surgir uma nova dimensão de direito<sup>15</sup>, desde que a dimensão atual, não seja mais, por si só, suficiente para sanar os anseios sociais.

Após todo o percurso histórico apresentado, como forma de contextualizar os direitos fundamentais desde os relatos de suas primeiras e remotas fontes até as suas dimensões, impende considerar, neste momento, qual o entendimento que se tem sobre o termo “direitos fundamentais” na atualidade.

### **1.3 Do Conceito de Direitos Fundamentais**

Por meio do estudo sobre a origem, a evolução e o enquadramento histórico dos direitos fundamentais é possível levantar os seguintes questionamentos: O que são os direitos fundamentais? O que pode ser considerado como direito fundamental?

A palavra “fundamental” sozinha significa de acordo com o Dicionário Michaelis (s.d., s.p.): “1 Que serve de fundamento ou de alicerce. 2 Que serve de base. 3 Importante. 4 Essencial, necessário”.

Neste sentido, o substantivo “direito” acrescido da palavra “fundamental” reportar-se-ia a tudo aquilo que é essencial, imprescindível e que é utilizado como a base de sustentação e fundamento da própria existência humana. Ou seja, sem a consagração constitucional destes direitos não haveria como preservar a vida humana em sociedade.

---

<sup>15</sup> Há autores que já sustentam uma quarta dimensão de direitos dentre eles Paulo Bonavides (1999, p. 524 e ss.) e Luis Ricardo Lorenzetti (1998, p. 154); além de uma quinta dimensão tal como José Alcebíades de Oliveira Júnior (2000, p. 97 e ss.)

Nesta linha de desenvolvimento, Antonio Carlos Segatto e Leandro Abati (2011, p. 147) afirmam que:

Os direitos fundamentais configuram verdadeiras conquistas históricas da humanidade, que após, lutas entre as classes sociais e, conseqüentemente, evolução política, cultural, religiosa, econômica e tecnológica da sociedade política, passam a ser incorporados a textos constitucionais que os assegurem efetivamente, no sentido de possibilitar a plena concretização de seus conteúdos normativos (Grifou-se).

Neste ponto, se os direitos fundamentais são conquistas históricas do homem na busca de um reconhecimento dos próprios direitos naturais – inatos e inerentes à natureza humana – é possível afirmar que referidos direitos representam o mínimo que deve ser observado como forma de garantir a vida digna de todos os cidadãos, sem nenhuma distinção entre as pessoas.

Confirmando o entendimento acima, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2005, p. 109-110) afirmam que:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (Grifou-se).

Destarte, a ideia que permeia os direitos fundamentais está envolvida pela dignidade da pessoa humana e pelas dimensões de direitos analisadas anteriormente, sendo a dignidade humana o núcleo elementar e intangível dos direitos fundamentais, ou seja, para que a dignidade da pessoa humana possa ser respeitada é preciso observar todos os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão.

Neste aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 61) ressalta que:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidades que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certa vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo (Grifou-se).

Portanto, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao lado do núcleo essencial da dignidade humana contrapõe-se às ideias ditatoriais e totalitárias e serve de garantia e amparo contra as atrocidades que foram praticadas e cometidas naquele período.

Desse modo, devido à grande importância dos direitos fundamentais estes estão previstos no rol do artigo 5º e 6º da Constituição Federal de 1988 e, também, em todo o seu contexto, não se tratando de uma previsão meramente taxativa ou fechada e, sim, enumerativa que serve de base para que não ocorra mais os horrores que foram perpetrados pela ditadura militar.

Sem desconsiderar a importância dos demais direitos fundamentais o presente estudo será delimitado dentro do direito social, previsto no rol do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, com ênfase na saúde, sendo classificado como direito de segunda dimensão, assim como será aprofundado no capítulo à seguir.

## 2 DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Ressalta-se, na mesma proporção mencionada anteriormente, que os direitos sociais fazem parte dos direitos fundamentais, mais especificamente dos direitos fundamentais de segunda dimensão em que há a exigência de uma contraprestação positiva por parte do Estado, ou seja, é preciso um agir do Estado para garantir o cumprimento destes direitos fundamentais.

Seguindo esta linha de argumentação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 69) retrata, ainda, que os direitos sociais são direitos subjetivos assim como as liberdades públicas; contudo, não são meros poderes de agir – característica típica das liberdades públicas – mas, sim, poderes de exigir, sendo considerados, direitos de crédito<sup>16</sup>.

Neste linear, se os direitos sociais são direitos de crédito resta claro que o sujeito passivo e, conseqüentemente, o responsável em caso de descumprimento destes direitos é o Estado, sendo esta inclusive a visão da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196<sup>17</sup> que fala sobre a saúde.

Para que se possa desenvolver o conceito de direito fundamental social e as suas nuances na atual realidade mister se faz traçar, preliminarmente, um panorama histórico que permeia o campo internacional, bem como o surgimento e a evolução deste direito dentro das Constituições Brasileiras conforme se verificará abaixo.

### 2.1 Os Direitos Sociais e seus Impactos em Âmbito Internacional

O processo de reconhecimento dos direitos sociais em âmbito internacional foi impulsionado pela Revolução Industrial, uma vez que a mecanização dos meios de produção relegou a segundo plano a mão de obra humana e, devido a este fato, foram cometidas várias atrocidades contra os direitos dos trabalhadores, ao lado do fortalecimento e apogeu do capitalismo.

---

<sup>16</sup> Assim como já mencionado no tópico “1.2.2 Direitos de segunda dimensão”.

<sup>17</sup> “**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” (Grifou-se).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 60) relata, em relação a esta fase, a seguinte realidade:

[...] a classe trabalhadora se viu numa situação de penúria. Ou mesmo de miséria. Não mais havia a proteção corporativa, o poder público se omitia – de acordo com a interpretação corrente de seu papel – o trabalho era uma mercadoria como outra qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura. E a máquina reduzia a necessidade de mão de obra, gerando a massa dos desempregados. E, portanto, baixos salários (Grifou-se).

Dentro deste cenário de abandono é possível observar “[...] a marginalização da classe operária, como que excluída dos benefícios da sociedade, vivendo em condições subumanas e sem dignidade” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 61).

Esta situação exigiu uma atuação do Estado dentro daquela realidade social, ou seja, uma conduta ativa/positiva diante das emergências sociais para que se operasse à própria justiça social.

Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 47) confirma a ideia levantada acima ao afirmar que:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer no século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (Grifou-se).

Além dos reflexos da industrialização, aliado aos problemas sociais e econômicos, é importante destacar que é “[...] no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais [...]” (SARLET, 2010, p. 48).

Observa-se, neste patamar e, em nível internacional, que o principal documento da evolução dos direitos fundamentais para a consagração dos direitos econômicos e sociais foi a Constituição francesa de 1848 (FERREIRA FILHO, 2011, p. 63).

A afirmação acima verifica-se uma vez que “[...] a instituição de deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral, estabelecida no

art. 13<sup>18</sup>, aponta para a criação do que viria a ser o Estado do Bem-Estar Social, no século XX” (COMPARATO, 2010, p. 182).

Mencionado artigo 13 da Constituição francesa de 1848 já previa a assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recursos e que não tinham como serem socorridos pela sua família. Embora o termo “assistência” estive em aberto, ou seja, sem a previsão de seu real alcance é possível observar aqui que ele também estava relacionado ao direito à saúde, uma vez que garantia a assistência aos doentes.

Já em 1891 a encíclica *Rerum novarum* editada pelo Papa Leão XIII ganha destaque na chamada “doutrina social da Igreja” tendo em vista que é retomada – de São Tomás de Aquino – a tese do bem comum, da essência na vida humana digna e da doutrina clássica do direito natural, como forma de se alcançar direitos que expressam às necessidades mínimas do ser humano (FERREIRA FILHO, 2011, p. 63).

Por sua vez, a Constituição Mexicana de 1917 teve grande contribuição na concepção dos direitos fundamentais sociais. Seguindo esta linha de pensamento destaca-se que: “la Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse como el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los polos opuestos del individualismo y del colectivismo”<sup>19</sup> (LUÑO, 2005, p. 39-40).

Observa-se, dessa maneira, à influência que a Constituição Mexicana teve no processo de conciliação dos direitos sociais ao lado dos direitos de liberdade como forma de demonstrar a necessidade de observância daqueles direitos para afastar o individualismo predominante até então.

Fábio Konder Comparato (2010, p. 193) afirma que a Constituição Mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, proibindo de equipará-lo a uma mercadoria qualquer lançando, desse modo, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito e, deslegitimando, às práticas de exploração mercantil do trabalho e, portanto da pessoa humana.

---

<sup>18</sup> Art. 13 da Constituição Francesa de 1848: “A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito, a educação profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recursos e que não podem ser socorridos por suas famílias” (COMPARATO, s.d., s.p.) (Grifou-se).

<sup>19</sup> “A Constituição do México de 1917 pode considerar-se como a primeira tentativa de conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais, superando assim os polos opostos do individualismo e do coletivismo” (Tradução livre).

Por sua vez, a Constituição Russa de 14 (quatorze) de janeiro de 1918, também conhecida como “Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado”, também possuía preocupação com os direitos sociais, uma vez que pretendia suprimir a exploração do homem pelo homem, abolir a divisão da sociedade em classes e subtrair a humanidade das garras do capital e imperialismo, assim como a Constituição Mexicana (BREGA FILHO, 2002, p. 15).

Merece destaque, também, à Constituição de Weimar por refletir os novos direitos fundamentais no período de transição entre Estado Liberal e o Estado Social consagrando – ao lado dos tradicionais direitos de liberdades – os direitos sociais à: proteção da família, da educação, do trabalho e da saúde.

Nesta linha de argumentação destaca-se que:

[...] Pero, sin duda, el texto constitucional más importante, y el que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales en el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho, es La Constitución germana de Weimar de 1919. En la segunda parte de dicha norma básica se formulaban los “derechos y deberes fundamentales de los alemanes”, reconociéndose, junto a las libertades individuales tradicionales, derechos sociales referidos a protección de la familia, la educación y el trabajo<sup>20</sup> (LUÑO, 2005, p. 39-40)

Destarte, o artigo 161 da Constituição de Weimar estabelecia, segundo Luiz Roberto Pires Domingues Junior e Paulo Rogério Albuquerque Oliveira (2011, p. 22), que: “o Reich criará um amplo sistema de seguros para poder, com o concurso dos interessados, atender à conservação da saúde e da capacidade para o trabalho, à proteção da maternidade e à previsão das consequências econômicas da velhice, da enfermidade e das vicissitudes da vida” (Grifou-se).

Previa-se, então, claramente na Constituição de Weimar à proteção dos direitos sociais e, dentre eles, o direito à saúde – para se garantir à própria vida – que é o foco principal deste trabalho e objeto de estudo detalhado à partir do terceiro capítulo.

Além disso, na Parte XIII do Tratado de Versalles, de 28 (vinte e oito) de junho de 1919, consta a chamada Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), onde houve a consagração dos direitos do trabalhador, dos direitos sociais vistos como

---

<sup>20</sup> “Mas, sem dúvida, o texto constitucional mais importante, e o que melhor reflete o novo estatuto dos direitos fundamentais na transição desde o Estado liberal ao Estado social de Direito, é a Constituição germana de Weimar de 1919. Na segunda parte de dita norma básica se formulavam os “direitos e deveres fundamentais dos alemães”, reconhecendo-se, junto às liberdades individuais tradicionais, direitos sociais relativos à proteção da família, da educação e do trabalho” (Tradução livre).

fundamentais e obrigatórios para todos os Estados signatários do referido Tratado (FERREIRA FILHO, 2011, p. 65).

Ressalta-se, ainda, além dos documentos históricos relatados acima, à importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada em 10 (dez) de dezembro de 1948. Vladimir Brega Filho (2002, p. 17) coloca que o termo “proclamou” evidencia que os direitos fundamentais eram inerentes à pessoa humana e, dessa forma, não teria ocorrido concessão ou reconhecimento destes direitos pela Declaração, mas sim à proclamação deles, confirmando que a sua existência independeria de qualquer vontade ou formalidade.

Fábio Konder Comparato (2010, p. 238) sintetiza esta ideia nos seguintes dizeres:

[...] a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivo, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos (Grifou-se).

Analisando a citação acima, verifica-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que fora proclamada em 1948, surgiu para resguardar e retomar os valores supremos da igualdade, liberdade e fraternidade em uma sociedade destruída após a Segunda Guerra Mundial, sendo que a efetivação destes direitos ainda é algo a ser atingido paulatinamente.

Após esta análise, da internacionalização dos direitos fundamentais sociais, torna-se imprescindível traçar um panorama histórico que permeie o surgimento e a evolução deste direito dentro das Constituições Brasileiras.

## **2.2 Direitos Fundamentais Sociais nas Constituições Brasileiras de 1824 à 1988<sup>21</sup>**

Posteriormente ao surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão, caracterizados por uma não intervenção por parte do Estado, chegou-se à conclusão, também

---

<sup>21</sup> Referido tópico foi convertido pela autora na elaboração do artigo científico “Maximização do mínimo existencial: garantia de inclusão social frente à reserva do possível e à limitação orçamentária”, que fora publicado no II Seminário Internacional de Análise Crítica do Direito da UENP (2012).

no Brasil, de que não bastava a postura inerte por parte do Estado, uma vez que há direitos que, devido a sua própria especificidade, precisavam de uma atuação positiva e ativa do poder estatal.

Esta ideia ganhou sua devida força e respaldo em nível internacional assim como relatado acima, merecendo destaque a Constituição Francesa, a Constituição Mexicana, a Constituição Russa, a Constituição de Weimar, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, dentre outras.

Dentro desta nova necessidade e postura mundial, as Constituições brasileiras também passaram à prever os direitos sociais em sua tipologia. Neste contexto, assim como já pontuado anteriormente<sup>22</sup>, a Constituição de 1824 previu inicialmente alguns direitos sociais, tais como o direito à educação primária gratuita a todos os cidadãos (artigo 179, inciso XXXII) e o direito aos socorros públicos (artigo 179, inciso XXXI), que já demonstrava um pequeno vestígio do que seria o direito à saúde.

Segundo Elisa Maria Rudge Ramos (2008, s.p.) é possível verificar, na Constituição Política do Império do Brasil de 1824, alguns indícios de direitos sociais seguindo o modelo das declarações de direitos da Revolução Francesa de 1789. Contudo, a primeira Constituição brasileira a prever uma ordem econômica e social foi a de 1934.

Assim, merece destaque à Constituição de 1934 – fruto dos movimentos sociais reinantes na época e da influência das Constituições européias – que inaugurou o “Estado Social Brasileiro”<sup>23</sup>, uma vez que além dos tradicionais direitos individuais acabou por consagrar uma série de direitos sociais<sup>24</sup>, com destaque significativo para a assistência médica e sanitária apenas ao trabalhador e à gestante, não previstos anteriormente (BREGA, 2002, p. 34).

É importante destacar, de acordo com Julio Cesar de Sá da Rocha (2011, p. 8) que:

<sup>22</sup> Mais precisamente no tópico: “1.2.2 Direitos de segunda dimensão”.

<sup>23</sup> O Estado passa a agregar – ao lado dos direitos individuais – funções que antes não estavam sob a sua incumbência.

<sup>24</sup> O artigo 121, parágrafo 1, alíneas de “a” a “j” da Constituição da República de 1934 reconheceu: a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo capaz de satisfazer – conforme as condições de cada região – as necessidades do trabalhador; jornada de trabalho de 08 (oito) horas; proibição do trabalho realizado por menores; repouso semanal; férias remuneradas; indenização por dispensa sem justa causa; assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante; regulamentação do exercício de todas as profissões e reconhecimento das Convenções Coletivas do Trabalho (Grifou-se).

A ideia de Estado de bem-estar ou Estado social implica alcançar determinados objetivos de bem comum, de garantia de direitos sociais, que seriam as manifestações concretas de seus postulados, como o amparo à saúde e à previdência social; por outro lado, o Estado liberal mantém premissas de garantia dos direitos individuais, como propriedade e liberdade, e de atuação negativa do aparelho estatal em respeito a estes direitos (Grifou-se).

Embora a Constituição de 1934 tenha impulsionado os avanços apontados acima, ao inaugurar o Estado Social e reconhecer alguns direitos sociais, como o direito à saúde, acabou tendo um pequeno período de vigência – o que ensejou na ausência de sua efetividade – uma vez que em 1937 foi publicada uma nova Constituição no Brasil, que marcou um período de descumprimento dos direitos fundamentais.

Apenas na Constituição Federal de 1946 é que foi resgatada à questão dos direitos sociais ao instituir a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, o repouso semanal remunerado e o reconhecimento do direito de greve, passando, também, a retomar os demais direitos individuais e sociais já previstos na Constituição Federal de 1934 (BREGA, 2002, p. 37).

Após o golpe militar no Brasil de 1964 foi elaborada a Constituição de 1967 que previa direitos e garantias individuais e os direitos sociais aos trabalhadores como forma de controle da massa social – assim como se deu dentro do Estado pós-trinta – uma vez que “proteger e garantir condições dignas de trabalho ao proletariado era assegurar a ordem capitalista” (SUPERTI, 2005, p. 289).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, “novamente inspirada por ventos democráticos, ampliou os direitos fundamentais e, seguindo a tendência mundial, além dos direitos individuais e sociais, reconheceu os direitos de solidariedade [...]” (BREGA, 2002, p. 39).

É importante destacar, segundo Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 33-34), que de forma pioneira, na história do Brasil, a Constituição brasileira de 1988 elevou os direitos sociais à categoria de fundamentais, uma vez que os incluiu, expressamente, sob o Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, sendo que este caráter de fundamentalidade, conferido aos direitos sociais, demonstra à preocupação do constituinte em construir uma sociedade um pouco mais equilibrada, diante das gritantes diferenças sociais que sempre permearam a sociedade brasileira.

Segundo Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p. 50) “[...] o reconhecimento da prevalência dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico representa o caminho

percorrido na sequência do Estado Liberal para o Social, Democrático, de Direito, para a moderna concepção de Estado Constitucional”.

Neste ínterim, após a consagração dos direitos sociais como sendo direitos fundamentais, torna-se, imprescindível observar qual a abrangência dos direitos sociais dentro da atual Constituição Federal de 1988.

### **2.3 O Artigo 6º da Constituição Federal de 1988: Rol Taxativo?**<sup>25</sup>

No que versa sobre os direitos fundamentais sociais, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu formalmente em seu artigo 6º que os direitos sociais compreendem o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à Previdência Social, à proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados.

Da simples e desatenta análise deste dispositivo constitucional é possível retirar a seguinte e superficial constatação: trata-se de rol taxativo/restritivo em que não é permitida a inclusão de outros direitos que não estejam ali consagrados.

No entanto, se for feito um estudo mais aprofundado dos direitos fundamentais sociais perceber-se-á que eles se estendem por toda a Constituição Federal de 1988 não se limitando, apenas, ao rol do artigo 6º.

Prova disso é que além da previsão no artigo 6º da Constituição Federal, o direito à saúde também possui previsão no artigo 196 da Constituição Federal; assim como ocorre com os demais direitos previstos no mencionado artigo 6º tais como: o direito à educação está previsto também no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal; o direito ao trabalho também possui previsão nos artigos 7º e 170 da Constituição Federal; o direito à moradia/habitação digna também possui previsão constitucional no artigo 182; o direito à segurança também está previsto no artigo 144 da Constituição Federal; o direito à Previdência Social está previsto também nos artigos 193 e 201 da Constituição Federal; o direito à maternidade e à infância também possuem previsão constitucional no artigo 226 e o direito à assistência ao desamparado também está previsto no artigo 203 da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>25</sup> Referido tópico foi utilizado pela autora na elaboração do artigo científico “Maximização do mínimo existencial: garantia de inclusão social frente à reserva do possível e à limitação orçamentária”, publicado no II Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito da UENP (2012).

Sobre este ponto de vista é possível observar que os direitos sociais estão compreendidos, também, fora do citado artigo 6º, ou seja, se estendem por toda a Constituição Federal de 1988 e, portanto, este artigo não pode ser visto como um rol fechado e restrito, mas sim ampliativo.

Neste aspecto, embora não exista previsão expressa no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que o acesso à justiça também deve ser considerado como um direito fundamental social, uma vez que mencionado artigo trata de direitos sociais exemplificativos, meramente enumerativos não sendo, portanto, um rol taxativo.

Além disso, o acesso à justiça deve ser visto como o mais fundamental dos direitos sociais uma vez que, de nada adianta ter direito à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à Previdência Social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, se não for garantido o direito de acesso a estes direitos materiais, que possibilitem a sua concretização/materialização<sup>26</sup>, tirando-os da mera garantia formal do texto constitucional.

Neste contexto, resta cabalmente comprovado que, o ser humano não necessita, apenas, de condutas negativas por parte do Estado – ou seja, um não fazer por parte deste capaz de garantir à liberdade da pessoa – mas, também, dos direitos fundamentais sociais, caracterizados pelas prestações positivas voltadas à busca do bem comum e da paz social residindo, neste ponto, a sua importância/relevância.

Isso porque, “o Estado é visto como o representante da sociedade, como a expressão personalizada desta” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 68).

Confirmando a ideia acima, Valter Foleto Santin (2004, p. 31) afirma que:

As finalidades do Estado especificam a preponderância dos direitos sociais e individuais, na preservação da liberdade, da segurança, do bem-estar e do desenvolvimento, alcançados pela igualdade e justiça, valores supremos de uma sociedade especial (fraterna, pluralista e sem preconceitos), fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias (Grifou-se).

Portanto, os direitos sociais foram postos ao lado dos individuais para que pudessem conviver lado a lado, garantindo/preservando os princípios da igualdade, solidariedade e fraternidade, como forma de atender o bem comum entre as pessoas de maneira qualitativa.

---

<sup>26</sup> Que nem sempre ocorrerá assim como será demonstrado em capítulo específico.

Neste ínterim, José Afonso da Silva (2011, p. 286) sustenta que:

[...] podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais (Grifou-se).

Destarte, os direitos sociais são as prestações positivas que devem ser oferecidas pelo Estado como forma de garantir uma vida mais digna à população hipossuficiente e de proporcionar à igualdade social dentro de um país marcado por inúmeros e diferentes contrastes.

Neste ponto, é importante destacar que: “[...] num momento de intensa discussão acerca do papel do Estado diante da tão falada globalização econômica, a efetivação e a universalização dos direitos sociais dependem da atuação decisiva do Poder Público” (ROCHA, 2011, p. 8) (Grifou-se).

Verifica-se, desse modo, que “a *pessoa* não é apenas um agente da liberdade, mas resultado de uma confluência de fatores, especialmente de condições materiais mínimas, necessárias para que possa atingir o seu *máximo potencial*” (CAMBI, 2009, p. 392) (Grifo do autor).

Assim, a pessoa necessita da proteção dos direitos sociais e não só dos direitos individuais para garantir condições materiais mínimas, como forma de minimizar as desigualdades materiais e sociais que cercam a população brasileira, sendo, portanto, os direitos sociais um fim a ser alcançado e um dever do Estado.

Dessa maneira, observa-se, que a ideia de direitos sociais fundamentais caminha ao lado do chamado mínimo existencial, tornando-se necessário entender o seu significado e abrangência para a compreensão da própria efetivação<sup>27</sup> dos direitos sociais e das barreiras que os cercam.

Todavia, antes de se adentrar nesta seara é importante apontar o que se entende por direitos sociais, ou seja, traçar o seu conceito dentro do âmbito de sua fundamentalidade.

---

<sup>27</sup> Que vai muito além da mera previsão formal deste direito em âmbito constitucional.

## 2.4 Conceito de Direito Social

Em relação ao conceito de direito social é importante destacar que ele está relacionado a todo direito de cunho eminentemente prestacional, ou seja, de atendimento do Estado às prestações de ordem educacional, de saúde, de alimentação, de assistência ao desamparado, de trabalho, dentre outros, que se configuram autênticos direitos pertencentes à toda sociedade e não apenas a um determinado grupo ou categoria de pessoas assim como predominou no passado.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 69) afirma que os direitos sociais pressupõem a própria sociedade sendo que nesta existe a necessidade de cooperação e apoio mútuo, ou seja, todos devem auxiliar-se ou socorrer-se uns aos outros.

Neste diapasão, a utilização do termo “social” encontra justificativa no fato de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem às reivindicações das classes menos favorecidas, com destaque especial da classe operária, a título de compensação devido à extrema e opressora desigualdade que caracterizava as relações com a classe empregadora, que detinha, nitidamente, um maior ou menor grau de poder econômico (SARLET, 2010, p. 48).

Esta extrema opressão que conduzia à desigualdade social fez desencadear lutas<sup>28</sup> para a superação deste quadro e, conseqüentemente, forçou o compromisso do Estado que precisava adotar uma postura ativa diante das mazelas que cercavam à população que se encontrava, sobretudo, às margens de proteção do direito<sup>29</sup>.

Neste cenário, os direitos sociais marcaram o surgimento do Estado Social sobre o Estado Liberal, assim como já mencionado anteriormente, e que será objeto de estudo mais profundo a seguir.

## 2.5 Os Direitos Sociais e o Estado Social

Foi com a transição do Estado Liberal – que marcou os direitos de primeira geração – para o Estado Social que se firmou os direitos sociais ao lado dos já sentidos

---

<sup>28</sup> Assim como já mencionado anteriormente.

<sup>29</sup> “Margens do direito”: expressão utilizada por Fernando de Brito Alves (2010).

direitos de liberdade, que era um dos pilares de sustentação da Revolução Francesa, uma vez que não adiantava proteger apenas estes direitos diante das inúmeras desigualdades sociais, que não eram solucionadas pelo então Estado Liberal, tendo em vista que este não possuía intervenção na economia.

Destarte, não se falava em direitos sociais no Estado Liberal tendo em vista que:

[...] no podía haber lugar para ‘derechos sociales’, puesto que hipotizar una prestación social como objeto o contenido de um derecho subjetivo y, al mismo tiempo, configurar una pretensión o un poder dispositivo respecto del soberano (legislador) contradecían los principios de fondo en los cuales se apoyaba todo el andamiaje jurídico, en especial la idea de una suerte de ‘monopolio público’ de las acciones socialmente/políticamente significativas<sup>30</sup> (BALDASSARRE, 2004, p. 16-17)

A ruptura violenta do Estado Liberal ocorreu devido ao descompromisso do Estado com o aspecto social, situação esta que fora agravada por meio da eclosão da Revolução Industrial, que submetia o trabalhador a condições desumanas e degradantes o que culminou na Revolução Russa de 1917<sup>31</sup> e, conseqüentemente, no surgimento do Estado Social caracterizado pela: intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social (LA BRADBURY, 2006, s.p.).

Neste mesmo sentido, Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos (2012, p. 15) afirmam que:

O movimento em direção ao Estado social e ao reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração decorreu diretamente do processo de evolução econômica da sociedade (Revolução Industrial), que propiciou a constatação da insuficiência da mera limitação do poder do Estado perante os indivíduos por meio das declarações de direitos e garantias individuais.

Com a migração para o Estado Social este reconhece e chama para si a realização dos direitos relacionados à saúde, educação, assistência aos desamparados, moradia, trabalho, dentre outros, que eram antes garantidos, apenas, por órgãos não públicos.

<sup>30</sup> “Não poderia haver lugar para ‘direitos sociais’, uma vez que se supõe uma prestação social como objeto ou conteúdo de um direito subjetivo e, ao mesmo tempo, formar uma pretensão ou um poder dispositivo sobre o soberano (legislador) contradiziam os princípios de fundo nos quais se apoiava toda a estrutura jurídica, em especial a ideia de uma espécie de ‘monopólio público’ das ações socialmente/politicamente significativas” (Tradução livre).

<sup>31</sup> A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, editada na Rússia, em janeiro de 1918, não enunciava direitos, mas, sim, princípios, como o da abolição da propriedade privada da terra, o confisco dos bancos, a colocação das empresas sob o controle dos trabalhadores (isto é, do partido) dentre outros (FERREIRA FILHO, 2011, p. 65).

Nesta contextualização, Antonio Baldassarre (2004, p. 18) afirma que:

En la época del Estado liberal la mayor parte de las prestaciones de que constan los modernos ‘derechos sociales’ se erogaba por instituciones no-públicas, como la familia u otras organizaciones ‘privadas’ (por lo general religiosas) de caridad o de beneficencia, a tal punto que se ha hablado con razón, respecto de ese entonces, de un ‘sistema privado de asistencia social (Welfare)’ [...]”<sup>32</sup>

Neste compasso, a garantia que o Estado – como expressão da coletividade organizada – trouxe aos direitos sociais era a instituição dos serviços públicos a eles correspondentes, o que os tornaria uma garantia institucional (FERREIRA FILHO, 2011, p. 69).

Assim, o Estado Social traz, conseqüentemente, a ideia de que o Estado iria concretizar todos os direitos sociais, afastando completamente as desigualdades sociais reinantes até então.

Nesta linha de argumentação ganha destaque a ideia de Víctor Abramovich e Christian Courtis (2004, p. 19-20):

[...] la adopción de normas constitucionales o de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales genera obligaciones concretas al Estado; que – asumiendo sus particularidades – muchas de estas obligaciones resultan exigibles judicialmente, y que el Estado no puede justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política (Grifou-se)<sup>33</sup>.

Desse modo, a consagração de normas relacionadas ao direito social não pode ser enxergada como uma mera declaração de “boa intenção política”, mas sim uma obrigação/um dever de concretização dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

É importante destacar, ainda, que:

[...] la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a *hacer*, es decir, a *brindar prestaciones positivas*: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. [...] el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a

<sup>32</sup> “Na época do Estado liberal a maior parte das prestações que compõem os modernos ‘direitos sociais’ se distribuía por instituições não públicas, como a família ou outras organizações ‘privadas’ (geralmente religiosas) de caridade ou de beneficência, a tal ponto que se tem falado com razão, sobre essa época, de um ‘sistema privado de assistência social (Welfare)’ (Bem-estar)” (Tradução livre).

<sup>33</sup> “[...] a adoção de normas constitucionais ou de tratados internacionais que reconhecem os direitos económicos, sociais e culturais gera obrigações concretas ao Estado; que – assumindo suas particularidades – muitas destas obrigações resultam exigíveis judicialmente, e que o Estado não pode justificar seu não cumprimento manifestando que não teve intenções de assumir uma obrigação jurídica mas simplesmente de realizar uma declaração de boa intenção política” (Tradução livre) (Grifou-se).

cabo las prestaciones positivas que se le exigen<sup>34</sup> (ABRAMOVICH e COURTS, 2004, p. 22)

Verifica-se, dessa forma, que “[...] a lei assumiu outra função, a de *instrumento de ação concreta do Estado*, e não mais como uma *ordem geral e abstrata*, contendo mecanismos que facilitem o acesso da população aos benefícios almejados [...]” (KELLER, 2007, p. 148) (Grifo do autor).

Contudo, o ideal apontado acima não se operou até os dias atuais – mesmo com a consagração do Estado Democrático de Direito<sup>35</sup> por meio da Constituição Federal de 1988 – sobretudo no direito fundamental social à saúde, objeto de estudo e de delimitação do presente trabalho, assim como será defendido e demonstrado nos próximos capítulos.

---

<sup>34</sup> “[...] a estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais é caracterizada por obrigar o Estado a *fazer*, ou seja, a fornecer *prestações positivas*: proporcionar serviços de saúde, garantir a educação, sustentar o patrimônio cultural e artístico da comunidade. [...] o Estado deveria necessariamente proporcionar recursos para realizar as prestações positivas que lhe são exigidas” (Tradução livre).

<sup>35</sup> “[...] o Estado democrático de direito e os princípios que o norteiam nascem da conjugação do sistema de governo constitucional com a garantia ou segurança dos direitos fundamentais do cidadão” (KELLER, 2007, p. 148).

### 3 DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Diante do contexto histórico apresentado anteriormente não restam dúvidas de que o direito social à saúde compõem o rol dos direitos sociais, direitos estes de segunda geração e que fazem parte, por sua vez, dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Para que seja possível entender o direito à saúde na pós modernidade<sup>36</sup> ou na modernidade tardia<sup>37</sup> mister se faz observar como era a saúde antes do seu reconhecimento como um direito fundamental social assim como será realizado a seguir.

#### 3.1 Evolução Histórica: da Saúde ao Direito à Saúde

A luta pela saúde não é um fator recente típico deste século, uma vez que remonta à própria luta e preocupação pela vida sendo certo que, em cada época, imperou uma visão diferente da questão relacionada à saúde. Neste linear, a saúde também passa a ser tida como uma construção histórica.

Segundo Ana Paula Oriola de Raefray (2005, p. 23) a preocupação com a saúde remontaria desde a época do homem primitivo tendo em vista que desde os primórdios da sua existência teria o homem se preocupado com a própria saúde devido à existência de inúmeros males que conduziam reiteradamente às pessoas à morte.

Destaca-se, desse modo, de acordo com Germano Schwartz (2001, p. 28):

A busca pela saúde é uma realidade presente desde os primórdios da humanidade. A existência de curandeiros, xamãs e feiticeiros em sociedades primitivas confirmam a sentença posta. Todas essas pessoas eram imbuídas de um único objetivo: a cura dos males que afetavam os seres humanos (Grifou-se).

Neste compasso, a preocupação ligada à saúde se intensificou à partir do momento que as pessoas passaram a viver em comunidade surgindo, assim, necessidades atreladas ao saneamento, habitação e higiene pessoal.

---

<sup>36</sup> De acordo com Luís Roberto Barroso (2002, p. 349) o Brasil chegou à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal e muito menos moderno.

<sup>37</sup> Como prefere uma parte da doutrina entre eles Fernando de Brito Alves (2010).

Segundo Georse Rosen (1994, p. 31):

[...] Encontram-se evidências de atividades ligadas à saúde comunitária nas mais antigas civilizações. Cerca de quatro mil anos atrás, um povo, do qual pouco se sabe, desenvolveu uma grande civilização no norte da Índia. Sítios escavados em Mohenjo-Daro, no vale da Índia, e em Harappa, no Punjab, indicam serem essas antigas cidades indianas planejadas em blocos retangulares, segundo, aparentemente, leis de construção. Banheiros e esgotos são comuns nas construções. As ruas eram largas, pavimentadas e drenadas por esgotos cobertos (Grifou-se).

O relato apontado acima demonstra claramente que o cuidado com o escoamento do esgoto dentro das construções e nas ruas já estava relacionado ao receio de uma epidemia e, conseqüentemente, o abalo à saúde de toda a comunidade.

Esta preocupação também era sentida no Médio Império (2100-1700 a.C) onde no Egito havia o cuidado de se fazer a água escoar por meio de calha de pedra implantada no meio na rua, sendo que dois mil anos antes da era cristã já tinha sido resolvido, em parte, o problema da água para comunidades maiores (ROSEN, 1994, p. 32).

Por outro lado, é importante observar que na Antiguidade não havia uma proteção/normatização da saúde, uma vez que as doenças eram encaradas como um castigo dos Deuses sobre as atitudes reprováveis praticadas pelo homem ou pela comunidade.

George Rosen (1994, p. 34) afirma, nesta fase, que:

Por milhares de anos, se consideravam as epidemias julgamentos divinos sobre a perversidade do ser humano. Apaziguando-se a ira dos deuses, seriam evitadas as punições. No Egito, Sekhmet, deusa da pestilência, provocava epidemias, se irritada, e as extinguiu quando acalmada. Essa teoria teúrgica da doença perdurou por vários milênios [...] (Grifou-se).

Em busca, portanto, de uma explicação para as epidemias às pessoas relacionavam aquele fato como um castigo, ou seja, estariam recebendo àquela moléstia devido à sua conduta desabonadora<sup>38</sup> o que impossibilitava, conseqüentemente, à reivindicação por parte das pessoas para modificar esta realidade, tendo em vista que, apenas, aceitavam com resignação à “vontade” dos deuses.

Neste diapasão, destaca-se que no início da civilização humana a única forma de conhecimento disponível para tentar combater as doenças era a magia, sendo que mesmo com o surgimento de médicos e, conseqüentemente, com o início de cientificidade no

---

<sup>38</sup> Os Egípcios, mesopotâmios e hebreus, dentre outros povos, mantinham-se limpos para se apresentarem como pessoas puras aos olhos dos deuses e não por razões higiênicas (ROSEN, 1994, p. 32).

tratamento da questão sanitária, por volta de 4.000 a.C., o método de tratamento das doenças ainda era feito por meio de invocações sobrenaturais<sup>39</sup> (SCHWARTZ, 2001, p. 29).

Alan Vendrame e Jamile Coelho Moreno (2011, p. 4) apontam que a ligação existente entre enfermidade e castigo divino também era sentida na Idade Média o que impedia a possibilidade do direito à saúde ser disciplinado e até mesmo efetivado, uma vez que, “clamar por esse direito nesse momento histórico era em vão, já que Deus definia quem era merecedor ou não da saúde”.

Nesta linha de argumentação, é importante observar que:

A Igreja teve grande participação nesse processo. A saúde era uma (des)graça divina. Para os cristãos, a doença era purificação de algum pecado (castigo divino), e sua cura somente viria se ela fosse merecida. Os monarcas ingleses e franceses da época também tiveram sua participação no processo de regressão da saúde, em grande parte por acreditarem serem representantes divinos (SCHWARTZ, 2001, p. 31) (Grifou-se).

Neste cenário, em que se tornava inviável positivar o direito à saúde – devido ao conhecimento primitivo da origem da doença – ficava, também, sobre a incumbência dos padres o direito de realizar as curas uma vez que eram vistos como responsáveis pelos milagres por deterem o poder emanado de Deus (VENDRAME e MORENO, 2011, p. 4).

Desse modo, não havia nenhuma preocupação, por parte do Estado, em resguardar a saúde de seus membros, pois se via sem nenhuma responsabilidade diante das doenças que surgiam na época tais como: lepra, peste bubônica, varíola, tuberculose, malária, sarampo dentre outras enfermidades.

Neste ínterim, Germano Schwartz (2001, p.31) estabelece que:

[...] a ineficiência mágica passou a ser compensada por meio da caridade, que se traduziu na construção dos primeiros hospitais, que, segundo Foucault (1972), eram, em verdade, hospícios ou asilos, que visavam isolar os doentes mentais do restante da sociedade. Mas não se pode dizer que tais hospitais ofereciam um tratamento aos pacientes. A ideia era dar conforto àqueles que eram uma ameaça à sociedade e que, no entanto, dela não poderiam ser eliminados (por temor religioso), e não a procura de soluções para os problemas de saúde dos internados (Grifou-se).

Assim, “pouco antes do período industrial, o doente era isolado e competia à comunidade<sup>40</sup>, por meio da caridade, organizar e manter os hospitais, o que impossibilitava

<sup>39</sup> “Os judeus, rompendo com a ideia ‘mágica’, começaram a circuncisar seus recém-nascidos, acreditando estarem livrando seus bebês dos males que pudessem vir a afligi-los, tais como, por exemplo, o herpes genital. Mas o conteúdo religioso atrás de tal ato ainda possuía (possui) vigorosa expressão simbólica” (SCHWARTZ, 2001, p.29).

<sup>40</sup> E não ao Estado.

esses locais de serem considerados adequados para a busca de uma saúde digna” (VENDRAME e MORENO, 2011, p. 4).

Este quadro só começou a sofrer alteração em um determinado momento em que houve o crescimento da indústria na Inglaterra, por volta do século XVII em que a produção foi tida como imprescindível para a atividade econômica sendo necessário que os trabalhadores estivessem saudáveis para gerar lucros à empresa, fomentar o capital e não ocasionar perda na produtividade.

Destarte, neste período, o trabalhador não poderia adoecer porque este fato prejudicaria todo o processo de acumulação capitalista, uma vez que não poderia/conseguiria produzir (SCHWARTZ, 2001, p. 33).

Nesta linha de argumentação George Rosen (1994, p. 92) pontua que:

Assim, o trabalho passou a ser essencial na geração da riqueza da nação: qualquer perda na produtividade de trabalho, decorrente de enfermidade ou morte, tornava-se um problema econômico. Além do mais, sendo a população um fator de produção, saber o número e o “valor do povo”, em particular os dos grupos mais produtivos, torna-se vital. O reconhecimento dessa necessidade, na Inglaterra, no século XVII, levou às primeiras tentativas de usar a estatística nesse campo. E a aplicação de métodos numéricos à análise de problemas de saúde veio a render frutos para o estudo e o desenvolvimento da Saúde Pública (Grifou-se).

Portanto, a ideia de que “quanto maior o número de pessoas saudáveis maior seria a riqueza do Estado” começou a ganhar força<sup>41</sup>. Por este motivo, estadistas, legisladores, administradores e médicos começam a reconhecer suas responsabilidades perante a população tais como: pelos cuidados à saúde, pela prevenção das doenças, pela assistência médica aos necessitados e, diante desta consciência, surge à necessidade de um conceito de política nacional de saúde, conceito que veio a vingar tanto na Inglaterra quanto no continente (ROSEN, 1994, p. 95).

O Estado, neste momento histórico, passe a ser visto como uma figura imponente, assim como descrito na obra “Leviatã” de Thomas Hobbes (1997)<sup>42</sup>, e tinha como função precípua fiscalizar as condições dos trabalhadores daquela época o que contribuiu para que a saúde começasse a ser resguardada por este Ente, uma vez que as pessoas passaram a ser vistas como instrumentos indispensáveis para o desenvolvimento da economia e, conseqüentemente, da Nação.

<sup>41</sup> Merece destaque William Petty, considerado o pai da aritmética política que analisava os problemas de saúde e lançava propostas de uma ação nacional (ROSEN, 1994, p. 95).

<sup>42</sup> E que será estudado em momento oportuno no capítulo 6.

Dentro desta contextualização Alan Vendrame e Jamile Coelho Moreno (2011, p. 5) afirmam que: “[...] a Revolução Industrial deve ser considerada marco histórico no tocante ao desenvolvimento do direito à saúde, o que perdura até os dias atuais, sempre em busca da efetividade e reconhecimento desse direito”.

Por sua vez, em âmbito brasileiro, as primeiras ações implementadas pelos governantes em relação à saúde pública ocorreram em 1808, no período colonial, com a vinda da família real ao Brasil e pelo interesse, também, em manter uma mão de obra saudável e capaz de contribuir para com os negócios promovidos pela realeza (BAPTISTA, 2007, p. 29).

Antes deste período, a saúde do Brasil possuía o seguinte panorama:

Muitas doenças acometiam a população do país, doenças tropicais e desconhecidas dos médicos europeus, como a febre amarela e a malária, além das doenças trazidas por estes, como a peste bubônica, a cólera e a varíola. O conhecimento acerca da forma de transmissão, controle ou tratamento dessas doenças ainda era frágil, possibilitando diferentes intervenções ou visões sobre as moléstias (BAPTISTA, 2007, p. 29) (Grifou-se).

Conforme mencionado acima, as doenças – que permeavam a população brasileira neste momento histórico – não possuíam um tratamento específico e nem um controle público para serem extirpadas ou, ao menos, diminuídas/diluídas.

O certo é que existiam inúmeras práticas – não regulamentadas – que objetivavam o tratamento do enfermo, sendo estas modalidades de tratamento totalmente alternativas, uma vez que ficavam a critério do doente.

Neste contexto, Tatiana Wargas de Faria Baptista (2007, p. 30) afirma que:

Existia o barbeiro ou prático, um conhecedor de algumas técnicas utilizadas pelos médicos europeus, tais como as sangrias, que atendia à população capaz de remunerá-lo. Existiam os curandeiros e pajés, pertencentes à cultura negra e indígena, mais acessíveis à maioria da população, que se utilizavam das plantas, ervas, rezas e feitiços para tratar os doentes. Havia também os jesuítas, que traziam algum conhecimento da prática médica européia utilizando-se principalmente da disciplina e do isolamento como técnica para cuidar dos doentes.

Ou seja, nenhuma prática adotada até então possuía previsão legal e proteção do “Estado”. No entanto, conforme referido anteriormente, este cenário começa a sofrer alteração com a chegada da família real ao Brasil.

Assim como ocorreu na Inglaterra no século XVII – em que se chegou à conclusão de que o fomento da economia necessitava de pessoas saudáveis – no Brasil também houve uma preocupação e, conseqüente, valorização da saúde com a chegada da

família real, uma vez que esta precisava de pessoas saudáveis para concretizar os seus objetivos.

Por este motivo – exclusivamente econômico e político<sup>43</sup> e não humanitário/solidário – a vinda da família real ao Brasil representou, também, a vinda de mais médicos e o surgimento da preocupação atinente às condições de vida nas cidades o que possibilitou iniciar um projeto de institucionalização do setor da saúde no Brasil e a regulamentação<sup>44</sup> da prática médica profissional, sendo inaugurado em 1808<sup>45</sup>, a primeira faculdade de medicina localizada em Salvador, com a finalidade de institucionalizar programas de ensino e à normalização da prática médica em conformidade com os moldes europeus (BAPTISTA, 2007, p. 31).

Frisa-se que, neste momento, começa a ocorrer uma preocupação com a propagação das doenças, uma vez que havia a possibilidade de contágio com outras pessoas. Esta ameaça levou à criação de campanhas voltadas aos trabalhadores, tais como, a quarentena que era o afastamento por quarenta dias do trabalhador de seu ambiente, para evitar a propagação da doença entre os demais trabalhadores<sup>46</sup>. Todavia, estas medidas eram pouco resolutivas uma vez que não se preocupavam com a saúde e vida do trabalhador, ou seja, com o seu tratamento efetivo, mas sim, com a possibilidade de uma epidemia e, conseqüentemente, perda de mais mão-de-obra e abalo da economia (BAPTISTA, 2007, p. 32).

Além disso, é importante observar nos dizeres de Gilberto Hochman (1998, p. 27-28) que:

Especificamente em relação à saúde pública, os fluxos migratórios para a cidade e os processos de urbanização e de industrialização criaram adversidades e deficiências até então desconhecidas, que atingiam tanto imigrantes como os moradores da cidade. A densidade urbana e as crescentes conexões econômicas

<sup>43</sup> Neste sentido, Tatiana Wargas de Faria Baptista afirma que (2007, p. 32) “a preocupação maior era a saúde da cidade e do produto; a assistência ao trabalhador era uma consequência dessa política”. Esta concepção se confirma e se estende até mesmo no setor cafeeiro, após a Proclamação da República em 1889, uma vez que as lavouras de café necessitavam, cada vez mais, de mão de obra que, por sua vez, vinha sendo diminuída devido às epidemias entre os trabalhadores decorrentes das péssimas condições de saneamento.

<sup>44</sup> O que ocasionou, assim como já era esperado, no afastamento gradativo dos religiosos desta atuação e da direção dos hospitais gerais, especialmente à partir da República. Além disso, com mencionada regulamentação do ensino e da prática médica inaugurou-se em 1852 o primeiro hospital psiquiátrico no Rio de Janeiro denominado Hospital D. Pedro II (BAPTISTA, 2007, p. 31).

<sup>45</sup> Mesmo ano da chegada da família real ao Brasil.

<sup>46</sup> “Se a pessoa identificada como doente não tivesse recurso próprio para se isolar em fazendas distantes e pagar médicos próprios, era enviada aos hospitais gerais – conhecidos no período como matadouros – ou simplesmente isolada do convívio social, sem qualquer tratamento específico, o que significava a sentença de morte para a grande maioria, uma prática que causou revolta e pânico na população” (COSTA, 1985 apud BAPTISTA, 2007, p. 33-34) (Grifou-se).

entre ricos saudáveis e pobres doentes intensificaram e ampliaram os efeitos externos das adversidades individuais, a ponto de tornar-se quase impossível o simples isolamento das ameaças da vida urbana, por exemplo, através da segregação espacial ou da exclusão de outros dos benefícios de serviços passíveis de contrato privado, como coleta de lixo e abastecimento de água. Assim, a saúde, ou a doença, é um dos melhores exemplos dos problemas da interdependência humana e de suas possíveis soluções (Grifou-se).

Nesta linha de raciocínio Jessé Souza (2011, p. 308) afirma que:

O período que vai da queda da ditadura de Vargas até o golpe militar em 1964 possibilitou um ambiente mais democrático. No entanto, permanecia a separação entre saúde pública e assistência médica. Seu grande marco foi a ideia de que a saúde é um bem de valor econômico, pressupondo investimento em “capital humano” como forma de permitir o progresso do país. Investir em saúde se assemelhava a assegurar possibilidades de desenvolvimento, assim como doença equivalia a pobreza (Grifou-se).

Nesta esteira, no período de intensificação do processo de industrialização<sup>47</sup>, foi inaugurado no Brasil o modelo assistencial-privatista, que passava pela Previdência Social, sendo concretizado com a criação do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), uma autarquia federal ligada à Previdência Social que tinha como atribuição prestar o serviço de atendimento à saúde à população, sendo que, na prática, tais serviços eram contratados da iniciativa privada pela autarquia e remunerados com os recursos oriundos da Previdência (MAPELLI JÚNIOR, COIMBRA e MATOS, 2012, p. 21).

O INAMPS surge dentro da ideia trabalhada acima, de que a saúde seria um bem de valor econômico e que, por este motivo, poderia comprometer o próprio desenvolvimento do país em caso da sua não observação.

Devido a este fator, o INAMPS era totalmente restrito aos trabalhadores com vínculo empregatício formal e, também, para as pessoas que contribuía de forma autônoma com a Previdência Social sendo que os demais cidadãos<sup>48</sup> eram alijados do sistema e não contavam com o mesmo atendimento, o que revelou à precariedade e à insuficiência do sistema que aliados ao processo de redemocratização conduziram esta realidade a um movimento de reforma sanitária (MAPELLI JÚNIOR, COIMBRA e MATOS, 2012, p. 21).

<sup>47</sup> Segundo Eugênio Vilaça Mendes (1999, p. 21): “O processo de industrialização acelerada que o Brasil viveu, a partir da década de 50, determinou um deslocamento do polo dinâmico da economia para os centros urbanos e gerou uma massa operária que deveria ser atendida, com outros objetivos, pelo sistema de saúde. O importante, então, já não é sanear o espaço de circulação das mercadorias, mas atuar sobre o corpo do trabalhador, mantendo e restaurando sua capacidade produtiva. Consequentemente, o sanitário campanhista, por não responder às necessidades de uma economia industrializada, deveria ser substituído por um outro, adrede concebido e que se vai construindo, concomitantemente, com o crescimento e a mudança qualitativa da previdência social brasileira” (Grifou-se).

<sup>48</sup> Dentre eles os trabalhadores rurais e os informais.

Neste contexto, é possível constatar que o INAMPS por si só não conseguia resolver o problema relacionado à saúde tendo em vista que só era abrangido, por este sistema, o trabalhador de carteira assinada, uma vez que este contribuía com a Previdência Social e era importante para o desenvolvimento da economia e o aumento da produção do país. Tratava-se, assim, de um sistema eminentemente “fechado” e excludente tendo em vista que só abrangia determinadas “castas”<sup>49</sup>.

Segundo Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos (2012, p. 21) “a evidente precariedade dessa sistemática de atendimento e sua manifesta insuficiência, aliada ao processo de redemocratização pelo qual o Brasil passava na época, levou a um movimento de reforma sanitária”.

Dentro deste movimento de reforma sanitária merece destaque a VIII Conferência Nacional de Saúde que fora realizada em 1986 uma vez que as suas propostas políticas e os princípios expostos refletiram diretamente na base da atual Constituição Federal de 1988 com a elaboração do artigo 196 que recebeu o título “Da Saúde” e estabeleceu que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (HISTÓRIA, s.d., s.p.).

Observa-se, assim, que referida Conferência foi fundamental para o processo de democratização do setor da saúde além de que a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) sendo, portanto, importante para a democratização do setor.

Isso se constata uma vez que:

Antes do advento do Sistema Único de Saúde (SUS), a atuação do Ministério da Saúde se resumia às atividades de promoção de saúde e prevenção de doenças (por exemplo, vacinação<sup>50</sup>), realizadas em caráter universal, e à assistência médico-hospitalar para poucas doenças; servia aos *indigentes*, ou seja, a quem não tinha acesso ao atendimento pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (HISTÓRIA, s.d., s.p.) (Grifo do autor)

Verifica-se, portanto, o quão insuficiente era o tratamento da saúde no Brasil, uma vez que não abrangia todas as pessoas e, muito menos, todas as doenças. Todavia, este cenário começa a sofrer mutação com a Constituição Federal de 1988 que elevou a categoria

<sup>49</sup> Assim como imperou nos forais, cartas de franquia e na Carta Magna estudados no primeiro capítulo.

<sup>50</sup> A campanha de vacinação obrigatória foi implementada por Oswaldo Cruz, em 1904, além de propor um Código Sanitário que instituiu a desinfecção, “inclusive domiciliar, o arrasamento de edificações consideradas nocivas à saúde pública, a notificação permanente dos casos de febre amarela, varíola e peste bubônica e a atuação da polícia sanitária” (BAPTISTA, 2007, p. 34).

do direito à saúde a um direito fundamental disposto em seu artigo 6º<sup>51</sup> e instituiu em seu artigo 198, caput, que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único [...]”, com destaque para as seguintes diretrizes: descentralização, ou seja, direção única em cada esfera de governo (inciso I); atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (inciso II) e participação da comunidade (inciso III), sendo esta a realidade “legal” e, não “real”, que se encontra a saúde brasileira.

Dentro deste percurso histórico em que se analisou a ideia concebida de saúde até se chegar à sua necessidade de positivação constitucional no Brasil e o seu reconhecimento na Constituição Federal de 1988, torna-se necessário apontar o conceito de saúde e de direito à saúde para se adentrar na concepção do Sistema Único de Saúde (SUS).

### 3.2 Conceito de Saúde e de Direito à Saúde

É inquestionável que um dos problemas mais marcantes dos últimos anos é, sem dúvida nenhuma, a questão que permeia a saúde pública no Brasil. São comuns noticiários de pessoas que faleceram aguardando uma vaga para serem atendidas em um hospital, ou casos de superlotação de hospitais públicos, ausência de medicamentos, sem falar no tempo de espera para ser realizada uma consulta ou a realização de um exame, o que acaba por agravar o quadro clínico da pessoa enferma, colocando estas pessoas às margens do direito.

No entanto, o que se pode entender como saúde? Segundo Germano Shwartz (2001, p. 29) “o primeiro conceito de saúde pode ser atribuído aos gregos da cidade-estado de Esparta. O brocardo *‘Mens Sana In Corpore Sano’* é, em realidade, o marco primeiro da definição de o que é ter saúde” (Grifo do autor).

Visualiza-se, dessa forma, que na Grécia o ser considerado saudável tinha que possuir a mente e o corpo são e, ainda, ser belo, ou seja, ter os contornos do corpo perfeitos, simétricos e em harmonia.

---

<sup>51</sup> **Art. 6º, CF/88:** “São direitos sociais a educação, a saúde, 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”.

Por sua vez, o Dicionário Michaelis (s.d., s.p.) conceitua a saúde como sendo:

**1** Bom estado do organismo, cujas funções fisiológicas se vão fazendo regularmente e sem estorvos de qualquer espécie. **2** Qualidade do que é sadio ou são. **3** Vigor. **4** Força, robustez. **5** Disposição física, estado das funções orgânicas do indivíduo. **6** Disposição ou estado moral do indivíduo. **7** Bem-estar físico, econômico, psíquico e social (conceito moderno) [...].

Observa-se – com base no disposto acima – que, em um primeiro momento, a saúde foi tratada de forma individual, sendo representada como a qualidade da pessoa que se encontra com as funções do organismo em bom funcionamento, ou seja, em um estado sadio o que representaria a própria ausência de doença.

Desse modo, o conceito de saúde “ligava-se apenas à medicina curativa e não trazia interfaces com outras vivências humanas” o que representava um conceito meramente simplista (MAPELLI JÚNIOR, COIMBRA e MATOS, 2012, p. 16).

Segundo Alan Vendrame e Jamile Coelho Moreno (2011, p. 5):

Conceituar saúde como ausência de doença era um bom modelo para abordar as infecções mas não se mostrou um bom modelo com o aparecimento de doenças crônicas e no período pós-guerra, quando buscou-se qualidade de vida e bem-estar, com consequente redução das desigualdades sociais.

Neste ínterim, o final do conceito estampado pelo Dicionário Aurélio (s.d., s.p.) deixa claro que há uma visão moderna considerando que a ideia que permeia a saúde vai além da simples análise das funções orgânicas do indivíduo e abrangeria, também, o bem estar físico, mental e social.

Neste sentido, verifica-se que o correto dimensionamento da saúde “deveria passar necessariamente por uma visão menos centrada no indivíduo e mais voltada à coletividade, ao meio ambiente e às interações sociais” (MAPELLI JÚNIOR, COIMBRA e MATOS, 2012, p. 16).

A própria Constituição da Organização Mundial de Saúde de 07 (sete) de abril de 1948 (s.d., s.p.) já previa que:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.  
Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.  
A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Seguindo esta linha de interpretação pode-se afirmar que o termo saúde não consiste, unicamente, na concepção da pessoa que se encontra livre de qualquer enfermidade sendo certo que para atingir o completo bem-estar físico, econômico, psíquico e social dependerá da cooperação e auxílio, não só do indivíduo, mas, sobretudo do próprio Estado.

Além disso, seguindo a orientação da Organização das Nações Unidas exposta acima, o conceito de saúde abrange toda e qualquer pessoa, independentemente de contribuição na Previdência Social – assim como imperou no período do INAMPS – não podendo ter nenhum critério discriminatório relacionado à raça, credo político, condição econômica ou social.

Por sua vez, o reconhecimento abrangente do termo saúde acaba por implicar na necessidade de seu reconhecimento e consagração constitucional. Isso ocorre uma vez que garantir o direito à saúde é garantir diretamente o próprio direito à vida digna que vai além da mera sobrevivência.

Nesta linha de argumentação, Helio Pereira Dias (2002, p. 17) disciplina que:

Note-se, por oportuno, que a saúde, tida como um bem jurídico, não é apenas um esquema conceitual, visando a proporcionar uma solução técnica da questão: é o BEM HUMANO OU A VIDA SOCIAL QUE SE PROCURA PRESERVAR, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo Direito. Bem jurídico é o bem protegido pelo Direito. É, portanto, um valor da vida humana que se pretende preservar (Grifo do autor).

Portanto, não bastava à mera denominação de saúde sem o próprio reconhecimento do direito à saúde. Neste aspecto, a Constituição Federal de 1988 veio consagrar a fundamentalidade do direito à saúde em seu artigo 6º deixando claro que este visa resguardar a própria dignidade da pessoa humana na manutenção da vida, além de ter estampado de maneira formal, em seu artigo 196 “que a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Neste contexto, resta “demonstrado que o direito à saúde transcende de vontades, pois é um direito subjetivo inerente à pessoa humana, que configura, quando violado, GRAVE LESÃO À SAÚDE PÚBLICA” (DIAS, 2002, p. 18) (Grifo do autor).

Verifica-se, dessa forma, “que a Constituição Federal, de um lado, elevou o acesso à saúde à categoria de direito subjetivo público – exigível judicialmente, inclusive –; e de outro, imputou ao Estado um rol de deveres derivados desse direito” (MAPELLI JÚNIOR, COIMBRA e MATOS, 2012, p. 18).

Assim, o direito à saúde pode ser compreendido como uma gama de ações, normas e diretrizes que devem ser observadas e cumpridas pelo Estado – por este ser um direito que exige a conduta positiva do Estado – em prol de toda a população tendo em vista a congruência e a interligação deste direito com os demais direitos fundamentais, tais como: direito à vida, ao trabalho, à educação, à moradia, dentre outros.

Neste compasso, Hélio Pereira Dias (2002, p. 21) estabelece que:

O direito à saúde, não raro, depende, hoje, do **DIREITO DE SAÚDE**, conjunto de normas jurídicas que estabelecem direitos e obrigações em matéria de saúde, para o Estado, os indivíduos e a coletividade, regulando, de forma ordenada, as relações entre eles, na prática ou abstenção de atos (Grifo do autor).

Desse modo, é possível observar que há um conjunto de normas jurídicas que vieram estabelecer – pelo menos na teoria<sup>52</sup> – direitos à população como um todo afastando-se da ideia inicial e primitiva de que o Estado não tinha nenhuma responsabilidade na regulamentação deste direito, uma vez que a doença seria um castigo divino.

Destaca-se, neste ponto, o entendimento de Julio Cesar de Sá da Rocha (2011, p.17):

A conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida, uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Consequentemente, a discussão e a compreensão da saúde passam pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal (Grifou-se).

Neste contexto, o artigo 198 da Constituição Federal de 1988 vem disciplinar que: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único [...]” (Grifou-se).

Dessa maneira, além das normas estampadas na Constituição Federal de 1988 – com destaque ao artigo 198 que consagrou o Sistema Único de Saúde – merece destaque, ainda, a Lei n.º 8.080 de 19 (dezenove) de setembro de 1990, que veio dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, assim como será abordado a seguir.

---

<sup>52</sup> Se esta prestação visualiza-se fora da teoria, ou seja, de maneira concreta/efetiva será objeto de estudo mais detalhado no próximo capítulo.

### 3.3 O Sistema Único de Saúde (SUS): Lei n.º 8.080/90 – a Lei Orgânica da Saúde

Da simples e superficial análise da Lei n.º 8.080/90 é possível observar que se trata de um diploma legal que – pelo menos na teoria – demonstra ser altamente protetivo à população brasileira possuindo, assim<sup>53</sup>, um “amplo e irrestrito acesso”, a toda população sem distinção de qualquer natureza.

Prova disso é que referida Lei prevê, na parte inicial do seu texto, mais precisamente em seu artigo 2º, que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Com o reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde o Estado passa a ser o detentor desta garantia<sup>54</sup>, sendo de sua responsabilidade, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.080/90, a “[...] formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (Grifou-se).

Este dispositivo legal veio confirmar o que o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 já previa que “a saúde é direito de todos e dever Estado [...]”; além de deixar evidente que cabe a este Ente formular e executar, ou seja, retirar do papel, da teoria, as políticas econômicas e sociais e concretizá-las na prática.

Para que isto fosse possível o artigo 5º de mencionada Lei trouxe os objetivos/finalidades do Sistema Único de Saúde (SUS) que seriam: a) a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; b) a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, o respeito e observância do disposto no parágrafo 1º do artigo 2º desta Lei e; c) a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Nesta linha de desenvolvimento é importante destacar o grande campo de alcance existente do Sistema Único de Saúde (SUS) e que vem definido em seu artigo 6º da seguinte forma:

---

<sup>53</sup> Pelo menos em tese.

<sup>54</sup> Saindo de sua posição história inicial que era eminentemente cômoda.

**Art. 6º** Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

**I - a execução de ações:**

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

**II** - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

**III** - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

**IV** - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

**V** - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

**VI** - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

**VII** - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

**VIII** - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

**IX** - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

**X** - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

**XI** - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

Assim, as ideias trabalhadas pelo artigo 6º da Lei n.º 8.080/90, abrangem um leque de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) que vai desde a execução de ações e fiscalização de suas atividades até o fornecimento de medicamentos, bem como ações referentes à política de sangue e a saúde do trabalhador.

Neste patamar, é possível apontar que há uma preocupação e, conseqüentemente, uma política de prevenção da saúde ao se prever a instituição de ações que visem à vigilância sanitária e epidemiológica; além da fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para o consumo humano e a fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos, nos termos do artigo 6º, inciso I, alíneas “a” e “b” e incisos VIII e IX exposto acima.

Dessa maneira, a preocupação legal com a saúde não se limitou, apenas, quando o indivíduo já se encontra doente, mas, também, com medidas para evitar o surgimento e a propagação de doenças. Assim como já exposto anteriormente, esta preocupação encontra suas raízes nos povos da Antiguidade, uma vez que há relatos de que já, neste período, eles utilizavam-se de atividades relacionadas à saúde comunitária com receio de uma epidemia<sup>55</sup>.

Como forma de garantir a ampla atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) o artigo 7º da Lei n.º 8.080/90 veio a disciplinar que:

<sup>55</sup> Neste sentido vide tópico: “3.1 Evolução Histórica: da Saúde ao Direito à Saúde”; exposto anteriormente.

**Art. 7º** As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
  - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
  - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos

Verifica-se, neste cerne, que o artigo 7º consagra alguns princípios que precisam ser observados como forma de garantir o desenvolvimento das ações e dos serviços públicos de saúde, além dos serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde, sendo eles: universalidade de acesso à saúde; integralidade de assistência; preservação da autonomia da vontade das pessoas; igualdade de assistência à saúde; direito à informação; utilização da epidemiologia; participação da comunidade; descentralização político-administrativa; regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; conjugação de recursos financeiros; capacidade de resolução de conflitos em todos os níveis de assistência e organização dos serviços públicos.

Neste cenário, verifica-se que o princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência traz a confirmação de que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado gratuitamente à população sem nenhuma discriminação de raça, nacionalidade e status social; sendo certo, ainda, que o cidadão teria direito amplo,

irrestrito, universal e gratuito<sup>56</sup> em todos os níveis de assistência, ou seja, para qualquer tipo de tratamento ou medicamento que fosse necessário.

Aponta-se, também, o princípio da integralidade de assistência, uma vez que este deve abranger um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, ou seja, a atividade de saúde oferecida pelo Estado não pode cessar, tem que ter uma continuidade do serviço – seja preventivo ou curativo – que está sendo prestado. Segue-se, assim, a previsão constitucional do artigo 198, inciso II que afirma que o atendimento deve ser integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Desse modo, por exemplo, em caso de neoplasia maligna o paciente além de ser operado para remoção do tumor e fazer tratamento com quimioterapias e/ou radioterapias, deverá, também, ter acompanhamento de nutricionista, psicólogo, assistente social, receber a medicação necessária, além de retornos periódicos ao oncologista e de acompanhamento por meio de exames de rotina, como forma de garantir o amplo tratamento e evitar que a descontinuidade de qualquer medida preventiva ou curativa implique no agravamento e irreversibilidade do seu quadro.

Sobre o princípio da integralidade merece destaque o posicionamento a seguir:

Assim, sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico. Assim, não importa o nível de complexidade exigido, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao seu alcance para a recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos (AITH, 2007, p. 357) (Grifou-se).

Somando aos princípios acima, é importante destacar, também, que o Estado deve preservar a autonomia das pessoas na defesa de sua integralidade física e moral, além de assegurar a igualdade da assistência à saúde, o que remonta a ideia de que não deve haver nenhum preconceito ou privilégio de qualquer natureza entre as pessoas, assim como prevê o artigo 7º, inciso IV, da Lei n.º 8.080/90.

---

<sup>56</sup> Art. 222, da Constituição do Estado de São Paulo: “As ações e os serviços de saúde executados e desenvolvidos pelos órgãos e instituições públicas estaduais e municipais, da administração direta, indireta e fundacional, constituem o sistema único de saúde, nos termos da Constituição Federal, que se organizará ao nível do Estado, de acordo com as seguintes diretrizes e bases:

[...]

V – gratuidade dos serviços prestados, vedada a cobrança de despesas e taxas sob qualquer título” (Grifou-se).

A atuação do Estado deve, também, envolver a plena informação às pessoas assistidas sobre o seu real estado de saúde e quais os tratamentos e procedimentos que serão utilizados para a melhoria de seu quadro.

Destaca-se, ainda, o princípio da descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo prevista no artigo 198, inciso I<sup>57</sup>, da Constituição Federal de 1988 e, no artigo 7º, inciso, IX, da Lei n.º 8.080/90.

Isso significa, segundo os dizeres de Gustavo Corrêa Matta (2007, p. 74) que a descentralização corresponde à própria distribuição de poder político, de responsabilidades e de recursos entre a esfera federal, estadual e municipal, o que implicaria em uma ‘desconcentração’ do poder da União para os Estados e Municípios, tendo como objetivo a consolidação dos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e, conseqüentemente, a garantia de sua melhor eficácia.

Assim, “em cada esfera de governo há uma direção do SUS: na União, o Ministério da Saúde; nos Estados e Distrito Federal, as Secretarias Estaduais de Saúde ou órgão equivalente; e nos Municípios, as Secretarias Municipais de Saúde” (MATTA, 2007, p. 74).

Essa descentralização acaba por justificar a própria regionalização da rede de serviços de saúde prevista no artigo 198, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 7º, inciso IX, alínea “b”, da Lei n.º 8.080/90, tendo em vista que esta divisão de poder político, de responsabilidades e de recursos previstas acima é para atender a própria necessidade e urgência de cada localidade, tendo em vista ser o Brasil detentor de inúmeros contrastes sociais e diferentes necessidades regionais.

Neste sentido, destaca-se que:

Essa concepção aproxima a gestão municipal dos problemas de saúde, das condições de vida e da cultura que estão presentes nos distritos ou regiões que compõem o município. A lógica proposta é: quanto mais perto da população, maior será a capacidade de o sistema identificar as necessidades de saúde e melhor será a forma de gestão do acesso e dos serviços para a população (MATTA, 2007, p. 75) (Grifou-se)

---

<sup>57</sup>Art. 198, da Constituição Federal de 1988: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

[...]

Por sua vez, a hierarquização do atendimento completa a ideia de regionalização, isso porque a prestação de serviços deve ser dividida em classes, de acordo com a complexidade, ou seja, do menos complexo para o mais complexo o que enseja na divisão do atendimento em níveis: atendimento primário (baixa complexidade – atenção básica); atendimento secundário (média complexidade) e atendimento terciário (alta complexidade) (MAPELLI JÚNIOR, COIMBRA e MATOS, 2012, p. 27).

Observa-se, por fim, que a Lei n.º 8.080/90 aliada à Constituição Federal de 1988 traz um sistema quase que ideal – e, sem falhas – sobre a saúde pública no Brasil que fora denominado de Sistema Único de Saúde (SUS).

Desse modo, a proteção da saúde deixa evidente que se trata de um direito fundamental social que precisa ser – acima de tudo – observado, respeitado e cumprido tendo em vista que é um direito que fora conquistado por meio de anos de luta e de história, não sendo um mero ato de caridade ou generosidade ou até mesmo de “boa intenção” praticado pelo Estado.

Contudo, entre a ideologia e a realidade há uma grande discrepância. Embora exista toda uma proteção legal e, até mesmo, poética ao direito à saúde seja em âmbito constitucional seja por meio da Constituição do Estado de São Paulo e da Lei n.º 8.080/90, a teoria ainda encontra-se bem distanciada da prática, assim como será visto a seguir.

### **3.4 A Realidade da Saúde Pública no Direito Brasileiro**

A realidade da saúde pública no Brasil está muito longe da mera previsão legal sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), estudada acima que se demonstra e se verifica meramente teórica e simbólica. O fato é que há um vácuo entre todas as garantias previstas na lei e a sua real efetivação.

Esta constatação pode ser observada por meio de uma simples caminhada nos corredores dos hospitais públicos brasileiros. É ali, exatamente ali, que é possível ver, por exemplo, leitos explodindo de gente, que não suportam mais a capacidade inicial para os quais foram criados. Dentro deste quadro, os próprios corredores fazem às vezes de leitos e abrigam – em sua grande maioria – pessoas doentes lutando pela vida e por um atendimento digno e justo.

Diante deste cenário é possível sentir que algo está errado e não vem funcionando há muito tempo dentro da letra poética e morta da legislação do Sistema Único de Saúde (SUS). Dentro deste quadro é possível indagar: Onde está o direito que não socorre os necessitados/excluídos? Onde está a aplicação dos princípios: da universalidade, da integralidade, da igualdade, da autonomia da pessoa, da informação, da descentralização, da regionalização e hierarquização, previstos e consagrados na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 198, incisos I, II e III e no artigo 7.º da Lei n.º 8.080/90?

Para confirmar esta observação destaca-se o relato de uma jovem<sup>58</sup> exposto na obra “A Ralé Brasileira: quem é e como vive” de Jessé Souza (2011, p.315-317). Referido autor narra que esta jovem estava concluindo a Faculdade de Serviço Social e fazendo estágio em um Pronto-Socorro do maior hospital público de uma cidade do Rio de Janeiro quando se deparou com uma mulher e seu esposo que tinham sofrido um acidente e estavam instalados no corredor do Pronto-Socorro, sendo que a mulher estava com o braço quebrado e o marido estava com a coluna imobilizada por um colete; como o colete esta mal posto a mulher pediu para o médico – que passava no local – ajudar o seu marido.

Neste momento, a jovem relata, segundo Jessé Souza (2011, p. 315-317) que:

O médico gritava com o paciente: “Você tá vendo isso aqui? O colete é para imobilizar, I-MO-BI-LI-ZAR! Sabe o quê que é isso?”. Ele falava gritando com o paciente. Aí ele [paciente] falou assim: “eu sei, mas...”. O cara não conseguia nem falar! “Eu sei, mas não sei como é que coloca! Você pode me ajudar?” [retruca o paciente, humildemente]. Aí fazia assim com força no colete [gesticula o movimento do médico]! O cara gritava de dor: “Tá doendo!”. “É pra doer! Pra você aprender a não tirar do lugar!” [médico]. “Mas eu não tirei!” [responde temeroso o paciente]. O cara não tinha como tirar o colete porque ele estava sem força nenhuma! E esse colete ... ele explicou gritando, que não havia a menor necessidade, “o colete é pra imobilizar pra você não sentir essa fraqueza que você tá sentindo nas pernas. Você nunca mais vai andar se o colete não ficar no lugar certo, então você deixa ele aqui!” (Grifou-se).

Perante a exaltação do médico a esposa do paciente se dirige até ele e, de acordo com o relato da jovem entrevistada:

Então me explica pra quê que serve esse colete, como que ele deve ficar, que eu não vou mais chamar o senhor não! Você pode ficar calmo, é só me explicar como que coloca!”. Aí ele falou com a mulher: “Ouve o quê que eu to falando! Você não tem que me ...” [o médico aos gritos]. Aí ela falou assim: “Mas eu to ouvindo!”. “Você não tem que falar que tá ouvindo e nem responder nada não, só tem que ouvir, cala a boca e escuta! O colete é pra ficar assim!” [mexe no colete com violência] (SOUZA, J., 2011, p. 316) (Grifou-se).

<sup>58</sup> A identidade da entrevista foi resguarda pelo autor do livro Jessé Souza.

Dentro desta explanação, verifica-se que – na grande maioria das vezes – as pessoas que são atendidas pelo Sistema Único de Saúde são vistas não dentro de sua essencialidade, integralidade e individualidade e, sim, por meio de uma massificação, um grande contingente de pessoas doentes, pobres e que encontram, neste sistema, a única e última forma de socorro para as suas mazelas. A pessoa pobre e doente virou apenas mais um número diante do precário e insuficiente atendimento à saúde.

Assim, fica nítido que a Lei n.º 8.080/90 possui, apenas, conteúdo poético e ideológico, pois na prática não é possível enxergar a concatenação de seus princípios e objetivos, uma vez que, nem mesmo informação sobre a saúde da pessoa e o tratamento que será aplicado, a maioria dos médicos querem dar como se o paciente, por ser hipossuficiente e doente, terá que se sujeitar a tudo o que lhe for imposto sem titubear.

Em grande parte deste atendimento em massa o médico sequer examina o paciente ou pede algum tipo de exame. A consulta (quando ocorre) vem se limitando a uma mera receita de medicamento, quando nem se sabe ao certo qual a doença que aflige o paciente.

Destarte, a realidade do Sistema Único de Saúde se defronta com forças de ações opostas que Jessé Souza (2011, p. 317) explicita da seguinte forma:

[...] Tal força se traduz muitas vezes em “má vontade” de uns, em procedimentos burocráticos que entravam uma transferência de setor ou de unidade hospitalar, em falta de leitos e também de material ou medicamento, na demora da visita médica ou da execução de exames, até mesmo do recebimento de seus resultados. Ações, portanto, comuns no cotidiano das instituições de saúde e que prejudicam diretamente o paciente.

Por outro lado, parece ficar implícito na prática que o importante é apenas salvar a vida do paciente; o resto é adicional e mesmo desnecessário. Não interessam as demandas sociais e psicológicas, já que o paciente nada mais é que um corpo que médicos e enfermeiros são pagos para tratar. Temos com isso uma noção animalizada sobre a vida e a saúde, algo que os princípios do SUS combatem [...] (Grifou-se).

Neste contexto, o paciente é visto de forma fria como mais um corpo, mais um número – destoando dos próprios princípios previstos de forma ideal pelo Sistema Único de Saúde – e não como um cidadão detentor de uma vida única e que merece ser tratado dentro de sua individualidade, integralidade, necessidade e dignidade.

Diante de todo este cenário, há ainda profissionais da saúde, como por exemplo, os médicos que trabalham com boa vontade e isso não deve ser desconsiderado. Todavia, eles se depararam com ausência de recursos médicos, sobrecarga de trabalho, ou seja, às vezes, a própria forma de funcionamento da unidade médica acarreta na

vulnerabilidade de seus profissionais e isso se reflete nos pacientes, uma vez que qualquer abalo do estado físico ou emocional do profissional repercutirá na pessoa doente, mesmo que não exista intenção nisso (SOUZA, J., 2011, p. 318).

Neste mesmo sentido Andreas Joachim Krell (2002, p. 34) ressalta que:

A qualidade dos serviços preventivos e curativos de saúde por parte de muitos Municípios e Estados depende do fornecimento de remédios, vagas e leitos nos pronto-socorros e hospitais, da contratação de médicos especializados, de enfermeiros suficientes, etc.. Apesar dos respeitáveis esforços no exercício de um controle social efetivo sobre a gestão do sistema através dos Conselhos e Conferências Locais de Saúde, os problemas do SUS têm as suas principais causas na falta de controle operacional e abusos por parte dos seus integrantes (fabricantes de remédios, médicos, hospitais, laboratórios, farmácias) e, sobretudo, do montante não suficiente de recursos públicos destinados para essa área (Grifou-se).

Além disso, há que se ressaltar que grande parte do mal atendimento e funcionamento das unidades médicas estão atrelados à ocorrência de conflitos entre os próprios profissionais da área, uma vez que a divisão do trabalho acaba por impor uma hierarquia entre as funções mais imprescindíveis e aquelas vistas como menos necessárias, ou pelo menos não tão imperiosas (SOUZA, J. 2011, p. 319).

Ou seja, há descaso dos médicos sobre os demais profissionais – dentre eles enfermeiros, assistentes sociais, psicólogos, etc – sendo que este descaso, também será repassado por estes profissionais ao paciente, uma vez que estariam em uma situação de vantagem econômica sobre este último, assim como o médico estaria sobre eles; o que demonstra nitidamente a imposição de classes sociais.

Segundo Pierre Bourdieu (2012, p. 11):

As diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e imporem o campo das tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais. Elas podem conduzir esta luta quer directamente, nos conflitos simbólicos da vida quotidiana, quer por procuração, por meio da luta travada pelos especialistas da produção simbólica (produtores a tempo inteiro) e na qual está em jogo o monopólio da violência simbólica legítima (cf. Weber), quer dizer, do poder de impor – e mesmo de inculcar – instrumentos de conhecimento e de expressão (taxinomias) arbitrários – embora ignorados como tais – da realidade social (Grifou-se).

Neste patamar, “o ‘SUS real’, ao se distanciar do ‘SUS constitucional’ reitera a desigualdade que retira da rale o controle e o poder sobre sua própria vida” (SOUZA, J., 2011, p. 327) e acaba por criar um ‘SUS simbólico’ apenas.

A foto abaixo demonstra bem a verdadeira face do “SUS real” que está bem longe da ideologia do “SUS constitucional”:

**FOTO 1:** Foto de Pacientes do SUS nos corredores de um hospital



Fonte: Site do SIMEC (s.d., s.p)

E diante de toda esta realidade e descaso na saúde pública, a pessoa doente e hipossuficiente que já é detentora de todas as formas possíveis de exclusão acaba por se anular como pessoa e não consegue mais se enxergar como uma cidadã detentora de direitos e obrigações na órbita civil.

Dentro desta anulação do próprio ser humano, Enrique Dussel (2005, p. 19) ressalta que:

O oprimido, o torturado, o que vê ser destruída a sua carne sofredora, todos eles simplesmente gritam, clamando por justiça:

Tenho fome! Não me mates! Tem compaixão de mim! – é o que exclamam esses infelizes.

Estamos na presença do escravo que nasceu escravo e que nem sabe que é uma pessoa. Ele simplesmente grita. O grito – enquanto ruído, rugido, clamor, protopalavra ainda não articulada, interpretada de acordo com o seu sentido apenas por quem “tem ouvidos para ouvir” – indica simplesmente que alguém está sofrendo e que do íntimo da sua dor nos lança um grito, um pranto, uma súplica. É a interpelação primitiva (Grifou-se).

Ou seja, o excluído, aquele que já nasceu “amputado” de seus direitos não consegue se enxergar como pessoa, uma vez que se encontra às margens de proteção do direito e da própria vida.

Esta parcela da população excluída, enferma e hipossuficiente nem sequer sabe que tem direito a ter direitos na feliz concepção de Hannah Arendt (2000) e, também, passa a aceitar esta exclusão que lhe é imposta acreditando que não merece nada além do pouco/mínimo do que já fora oferecido ou que está sendo aguardado.

Assim, não conseguem visualizar que a demora no atendimento, ou na realização de um exame, ou a falta de um determinado medicamento, ou a superlotação de leitos que o obriga – se quiser ser atendido – a ficar nos corredores dos hospitais em cima de macas, dentre outros agravantes, está errada e não deve prevalecer, uma vez que acham que ainda é uma sorte terem um atendimento gratuito e que ainda estão recebendo muito pelo o pouco que acreditam representar para o país.

O Estado, por sua vez, quando muito, tenta garantir a mera e simples sobrevivência e não a vida do indivíduo e acaba por se esconder por debaixo das hipotéticas previsões legais que não possuem o condão e a intenção real de efetivação do direito à saúde, o que conduz a uma inevitável afirmação: a realidade constitucional no Brasil está muito longe da formalidade constitucional.

Neste cenário, Marcelo Neves (2007, p. 36) afirma que, na maioria das vezes o legislador – sob pressão direta do público – prevê determinados direitos em diplomas normativos sem que exista a mínima condição ou intenção de efetivação de referidas normas, atuando, dessa forma, simplesmente com o intuito de dar uma mera resposta e satisfazer as expectativas dos cidadãos, trazendo a sensação de que suas reivindicações foram atendidas, como se a legislação se transformasse em um verdadeiro “álibi”.

Dentro desta colocação, Marcelo Neves (2007, p. 36) pontua o emprego da expressão “legislação-álibi”, utilizada por Harald Kindermann, uma vez que “por meio dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos”<sup>59</sup>.

Verifica-se, deste modo, que não é outro senão o caso que envolve os direitos sociais no âmbito da saúde pública, uma vez que a maioria das normas programáticas servem, apenas, como um “paliativo”, ou seja, uma resposta “legal” e rápida de que o direito está sendo garantido o que ocasiona, por outro lado, em uma falsa imagem do Estado como um

---

<sup>59</sup> Neste diapasão, observa-se que “nos períodos eleitorais, por exemplo, os políticos prestam conta do seu desempenho, muito comumente, com referências à iniciativa e à participação no processo de elaboração de leis que correspondem às expectativas do eleitorado. É secundário, então, se a lei surtiu os efeitos socialmente ‘desejados’, principalmente porque o período da legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas” (NEVES, 2007, p. 37) (Grifou-se).

Ente que “realmente” se preocupa e responde rapidamente aos anseios e aos problemas reais da sociedade.

Destarte, a função do Estado seria, exclusivamente, a de transmitir a sensação de que “tudo está sob controle” e “que tudo vai bem”, sendo esta visão totalmente distorcida e distanciada da própria realidade ficando, apenas, no campo ideológico e simbólico<sup>60</sup>, sem a devida preocupação com a verdadeira concretização do direito social à saúde e, servindo, unicamente, como forma de controle e manipulação da população, que passa a acreditar que está recebendo aquilo que merece e é possível.

Assim, a sociedade permanece com a falsa sensação de que a situação da saúde pública foi resolvida e amparada pelo Estado e que tudo se encontra sob controle, uma vez que recebem um engodo, uma mera aparência de resolução dos problemas sociais por meio da previsão de normas, assim como previsto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.080/90.

Nesta linha de argumentação merece destaque o entendimento a seguir:

A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos (NEVES, 2007, p. 39) (Grifou-se).

Observa-se, portanto, que esta postura adotada pelo Estado, na tentativa de passar a impressão de solução do problema relacionado à saúde, acaba por agravar ainda mais a ausência de concretização a este direito, uma vez que, além de não resolver os problemas na área da saúde pública acaba por “maquiá-los” trazendo à falsa ideia de que foram cumpridos, ao terem sido previstos no texto da lei, o que dificulta a luta por este direito tendo em vista que “acalma os ânimos” da população e mascara a real efetivação do direito à saúde.

Neste sentido, Zygmunt Bauman (1999, p. 273) pontua:

Que as coisas vão mal não é novidade; para um grande número de pessoas as coisas costumavam ir mal nos tempos melhores. O que é realmente novidade é que as coisas que vão mal para algumas pessoas raramente preocupam aqueles para quem as coisas vão bem. Estes aceitaram e declararam que pouco podem fazer para melhorar a sina dos outros. E até conseguiram se convencer de que, uma vez que a engenharia social se revelou essencialmente podre, o que quer que decidam fazer só podem piorar as coisas ainda mais. A promessa não foi apenas quebrada. Foi retirada (Grifou-se).

<sup>60</sup> Sendo certo que até mesmo a Constituição Federal seria, dentro deste contexto, meramente simbólica, assim como trabalha Marcelo Neves (2007) na obra “A constitucionalização simbólica”.

Diante da não observação da promessa consagrada no texto constitucional e na Lei n.º 8.080/90 e da ausência de preocupação do Estado na real efetivação do direito à saúde – com a saída da teoria exposta no papel para os casos reais e verificados na prática – ressurgem o seguinte questionamento: “Onde está o direito, que tem a função de distribuir a cada um o que é seu? Onde está o Estado que não garante a concretização de seus dispositivos constitucionais mínimos (artigo 6º, artigo 196 e 198) e legais (Lei n.º 8.080/90) deixando-os, apenas, na letra morta e ilusória do texto? Onde está o Estado que, diante de toda esta situação, simula a proteção ao direito à saúde e não protege efetivamente o seu povo?”

Verifica-se, assim, que não é mais suficiente positivizar e simular direitos eleitos como fundamentais dentro do rol da Constituição Federal de 1988 e nem em legislações esparsas. O problema da saúde no Brasil vai além da questão da positivação de direitos. Ela abrange a necessidade veemente da efetivação de direitos sociais básicos, essenciais e imprescindíveis e não a sua taxaço dentro de um molde legal que acaba não sendo cumprido.

De acordo com Andreas Joachim Krell (2002, p. 26) as promessas constitucionais sem a possibilidade real de realização trazem uma sensação de “frustração constitucional”, ocasionando no descrédito da própria instituição da Constituição como um sistema de normas legais vigentes e afetando a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo.

Norberto Bobbio (2004, p. 43) já dizia que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (Grifo do autor).

O problema que permeia os direitos sociais não estaria relacionado à sua falta de fundamento, mas sim atrelado à sua inexecutabilidade. Neste ponto, é possível detectar que há uma crise dos fundamentos que deve ser reconhecida, contudo não é possível buscar um outro fundamento absoluto para servir como substituto ao anterior, mas sim, buscar, em cada caso concreto os vários fundamentos possíveis (BOBBIO, 2004, p. 43).

Proteger os direitos não é sinônimo de editar mais leis ordinárias ou até mesmo emendar a Constituição Federal, uma vez que a grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existem, sendo certo que o problema estaria relacionado na formulação, na implementação, na manutenção e na execução das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos relacionados ao orçamento da União, dos Estados e dos Municípios (KRELL, 2002, p. 31-32).

Neste cenário, destaca-se que:

[...] Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos. A resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal (NEVES, 2007, p. 39) (Grifou-se).

Neste ínterim, é possível afirmar que as questões que envolvem a ausência de efetivação do direito social à saúde requerem muito mais do que a promulgação de normas. Responder a um problema social com a promulgação de leis, sem o mínimo de intenção em sua real concretização, é utopia e demonstra um caráter ardiloso, controlador e manipulador por parte do Estado, como se este fosse o próprio “olho do poder”<sup>61</sup>.

Dessa maneira, torna-se, imprescindível proteger e garantir efetivamente o direito à saúde fora do campo da abstração da lei e, conseqüentemente, garantir o direito à igualdade, à dignidade humana e à inclusão social.

Neste ponto, Robert Alexy (2002, p. 496), por sua vez, estabelece que “justamente em tiempos de crisis, parece indispensable una proteccíon iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea”<sup>62</sup>.

Paulo Bonavides (2000, p. 517) destaca, ainda, que há “[...] uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII (Grifou-se).

Desse modo, “[...] o legislador estabeleceu que a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência alcança todas as ações e serviços públicos de saúde e serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS)” (KRELL, 2002, p. 33).

É esta nova etapa que o direito brasileiro deve enfrentar a da concretização e efetivação de direitos fundamentais e não a sua mera previsão em textos inoperantes da lei, uma vez que a simples normatização de direitos – sem a finalidade prática – conduz à população à descrença de tudo o que já fora previsto e do próprio Estado.

Diante desta nova exigência da realidade social torna-se imprescindível analisar a concretização do direito fundamental social à saúde dentro das teorias do mínimo

<sup>61</sup> Expressão utilizada por Mauricio Gonçalves Saliba (2006).

<sup>62</sup> “Justamente em tempos de crise, parece indispensável uma proteção do direito fundamental das posições sociais, por mais mínima que ela seja” (Tradução livre).

existencial, da reserva do possível, além de se traçar um paralelo à luz do neoconstitucionalismo assim como será realizado a seguir.

## 4 DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE<sup>63</sup>

É cediço que o direito brasileiro enfrenta uma grande e grave crise especialmente na esfera da saúde pública, assim como fora detectado no capítulo anterior. Há uma grande discrepância no âmbito da saúde entre o que permeia a sua teoria e prática e isso é inolvidável. E, diante de todo este cenário, o direito parece “cochilar” sem tentar operacionalizar as promessas que foram garantidas no texto da Constituição Federal de 1988 e nas demais legislações.

A população, por sua vez, vive sem a esperança de receber a efetivação do direito à saúde que se revela muito mais simbólico do que concreto e acaba por ser esconder atrás do “véu da ignorância”<sup>64</sup> e da falta de esperança.

Não é mais possível, portanto, teorizar o direito à saúde a ponto de torná-lo poético e inatingível, uma vez que “[...] a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era” (BARROSO, 2005, p.1) (Grifo do autor).

Torna-se, inadmissível, portanto, fechar os olhos e querer acreditar que a saúde pública vem funcionando bem assim como prevê a Constituição Federal e a Lei n.º 8.080/90. Dentro desta lógica, não é mais cabível buscar a positivação de novos direitos sem antes garantir os que já foram previstos e que se encontram na letra morta e inativa da lei, assim como se verifica no direito à saúde.

Neste cenário, Robert Alexy (2002, p. 47) estabelece que: “[...] siempre que alguien posee um derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso. No vale cuando existen normas de derecho fundamental que no otorgan ningún derecho subjetivo. [...]”<sup>65</sup>

Assim, seguindo o entendimento expresso acima, é possível constatar que a norma de direito fundamental só será válida se conferir/outorgar/resguardar os direitos subjetivos saindo da simples e inativa previsão formal.

Destarte, é necessário um agir do Estado, ou seja, concretizar o direito à saúde e não se valer de mais promessas, vendas de “esperanças” e previsões formais, que não

<sup>63</sup> As principais ideias trabalhadas, no presente capítulo, foram convertidas pela autora na elaboração do artigo científico “Maximização do mínimo existencial: garantia de inclusão social frente à reserva do possível e à limitação orçamentária” que fora publicado no II Seminário Internacional de Análise Crítica do Direito (2012).

<sup>64</sup> Expressão utilizada por John Rawls (2000).

<sup>65</sup> “Sempre que alguém tem um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental concedida por lei. É duvidoso que o valor seja o inverso. Não vale quando existem normas de direito fundamental que não conferem qualquer direito subjetivo” (Tradução livre).

possuem à intenção clara de operacionalização e, sim, apenas a intenção de procrastinar ainda mais a inoperância do direito à saúde. A “ação”, por sua vez, não exige fórmula mágica, mas sim boa vontade e compromisso de sua exteriorização.

Neste panorama, a efetivação da saúde precisa ser analisada dentro da questão que envolve o mínimo existencial, a reserva do possível e o neoconstitucionalismo que serão expostos na sequência.

#### **4.1 Do Mínimo Existencial**

A saúde pública deve ser observada e atendida em todas as suas dimensões porque se trata de um direito fundamental social onde permeia o mínimo existencial que é a parcela mínima relacionada à questão existencial de uma vida digna, com qualidade, em critérios de igualdade e inclusão social. Portanto, como é o mínimo que se espera do Estado este não pode se recusar a oferecer e a cumprir de forma satisfatória, além de atender as necessidades específicas de cada localidade.

Assim, a teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos – no caso a saúde – que possam garantir a sua existência digna (KRELL, 2002, p. 62).

Isso nada mais é do que cumprir aquilo que fora previsto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.080/90, uma vez que se houve a previsão de tantas garantias é porque o constituinte e o legislador viam a possibilidade de seu cumprimento, embora acabem por criar algumas sutilezas para a não efetivação do que fora legalmente afirmado.

Todavia, para que seja possível compreender o alcance da afirmação lançada acima torna-se imprescindível traçar um paralelo que envolva o conceito, o alcance e a própria delimitação da figura do mínimo existencial em nível geral e, após, aprofundá-lo dentro do direito à saúde.

#### 4.1.1 Conceito, alcance e delimitação do mínimo existencial

A concepção do mínimo existencial como sendo o mínimo necessário para a efetivação/concretização dos direitos fundamentais sociais – dentro da realidade do Brasil e em especial no direito à saúde – é um assunto ainda pouco estudado em que não há um consenso sobre a sua utilização.

Antes de se adentrar no estudo sobre o mínimo existencial do Brasil é importante destacar que as raízes do mínimo existencial são originárias da Alemanha, país este detentor de uma realidade social, econômica, política e cultural totalmente antagônica a do Brasil.

Dentro desta afirmação é importante destacar que “a Corte Constitucional da Alemanha define o mínimo existencial como o que ‘é necessário à existência digna’ [...]” (TORRES, 2009, p. 37).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2010, p. 20) o primeiro jurista de renome – na doutrina do pós-guerra – que sustentou a necessidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof.

O destaque que se faz em relação a Otto Bachof é que – já no início da década de 1950 – ele defendia que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclamava apenas a liberdade, mas, sobretudo, um mínimo de segurança social, posto que sem os recursos materiais mínimos para a preservação de uma vida digna, comprometer-se-ia a própria dignidade da pessoa humana que seria sacrificada (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 20).

Observa-se que, desde este período, já era marcante a preocupação com a questão das necessidades materiais mínimas na tentativa de salvaguardar à dignidade da pessoa humana por meio da efetivação dos direitos fundamentais com destaque aos direitos sociais.

Destarte, a ideia do mínimo existencial elaborada na Alemanha acaba por se expandir para outros países sendo objeto de estudos mais sistemáticos por meio de Ricardo Lobo Torres, que foi o primeiro autor a escrever sobre o mínimo existencial voltado ao Brasil pouco após o advento da Constituição Federal de 1988 (SARLET e FIGUEIREDO, 2009, p. 19).

Neste compasso, em âmbito brasileiro destaca-se que:

No Estado Social Fiscal, correspondente à fase do Estado de Bem-estar Social ou Estado-Providência, a proteção ao mínimo existencial se faz por mecanismos paternalistas e a respectiva ideologia se aproxima da concepção de justiça social. Hoje, no Estado Democrático de Direito, aprofunda-se a meditação sobre o mínimo existencial, sob a ótica da teoria dos direitos humanos e do constitucionalismo (TORRES, 2009, p. 7).

Assim, diante das teorias que se levantam sobre esta questão, em solo brasileiro, uma dúvida ainda não foi solucionada: Afinal o que se entende por mínimo existencial?

Em nível internacional ganha destaque o parágrafo 1º do artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que estabelece que os “Estados-membros do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida” (Grifou-se).

No entanto, observa-se que embora o artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traga uma previsão de que toda pessoa tem o direito de ter uma vida adequada englobando a alimentação, a vestimenta e a moradia, acabou não estabelecendo/conceituando o que é o mínimo existencial.

Esta lacuna, sobre a definição do mínimo existencial, também ocorre no Brasil uma vez que é possível verificar que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma previsão exata – nem mesmo em nível constitucional – do que seria o mínimo existencial.

Dessa maneira, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo (2010, p. 25) afirmam que:

No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919.(Grifou-se).

A Constituição Federal de 1988 prevê, também, implicitamente e, de forma genérica, em seu artigo 3º, inciso III, que estão entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, o que ensejaria, conseqüentemente, em um amparo – ainda que tímido – ao mínimo existencial.

Assim, diante da ausência de uma previsão constitucional expressa no Brasil, sobre o mínimo existencial, passa-se a buscar a sua fundamentação dentro da própria dignidade da pessoa humana, ou seja, o mínimo existencial seria observado e atendido quando o direito fosse conferido ao cidadão sem ofender a sua dignidade humana.

Desse modo, como o mínimo existencial é decorrente da própria proteção da vida e da dignidade da pessoa humana não seria necessária a sua expressa previsão na Constituição uma vez que já estaria englobado nestes conceitos (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 25).

Aliado a este critério Eduardo Cambi (2009, p. 391) afirma que o preenchimento do conceito de mínimo existencial ficaria a cargo da hermenêutica jurídica em que se partindo de critérios sugeridos pelo utilitarismo negativo chegar-se-ia ao conceito do mínimo existencial, uma vez que o utilitarismo leva em consideração a igualdade em determinado ato, não as suas consequências, tendo em vista que é impossível universalizar o conceito de felicidade – que é altamente subjetivo – fugindo-se, portanto, da noção/modelo do utilitarista positivo em sede de direitos fundamentais sociais mínimos.

O afastamento do mínimo existencial ao modelo utilitarista positivo se dá uma vez que as necessidades das pessoas são inúmeras e diferentes sendo impossível reduzi-las em um denominador comum. Assim, por exemplo: certamente quase todos pretendem ser saudáveis, livres, abastados e bem sucedidos, mas há muitas pessoas saudáveis, livres, ricas e bem sucedidas que não são felizes (CAMBI, 2009, p. 392).

Por este motivo, o melhor critério é buscar o conceito do mínimo existencial dentro da dignidade da pessoa humana e dos critérios da igualdade (utilitarismo negativo) e não do critério da felicidade (utilitarismo positivo) que é altamente subjetivo, o que geraria mais desigualdades do que igualdade material e social.

Nesta linha de argumentação, de acordo com Eduardo Cambi (2009, p. 392) “o conceito de mínimo existencial deve ser buscado no núcleo dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, na cláusula do Estado Social e no princípio da igualdade” (Grifou-se).

Além disso, é importante destacar, de acordo com Ricardo Lobo Torres (2009, p. 35-36), que:

O direito é mínimo do ponto de vista objetivo (universal) ou subjetivo (parcial). É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto-

socorro, as campanhas de vacinação pública, etc. Subjetivamente, em seu *status positivus libertatis*, é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza (Grifou-se)

Neste diapasão, observa-se que – embora não exista uma previsão jurídica expressa do mínimo existencial – ele se verifica e se faz presente dentro de certos núcleos intangíveis existentes no interior de outras normas constitucionais fundamentais, bem como da própria dignidade humana. Assim, a previsão do mínimo existencial é implícita, ou seja, mesmo sem previsão expressa é possível sentir a sua força e importância em outros dispositivos da Constituição.

Eduardo Cambi (2009, p. 393) afirma que:

De qualquer modo, pode-se afirmar que o núcleo elementar do valor dignidade da pessoa humana é composto do mínimo existencial, expressão que identifica o conjunto de bens materiais e imateriais, além das utilidades básicas, indispensáveis ao desenvolvimento autônomo e digno da pessoa humana, bem como o reconhecimento recíproco dos indivíduos em uma sociedade (Grifou-se).

Isso se verifica uma vez que a pessoa precisa ter garantido um mínimo material (saúde, alimentação, moradia, etc) e imaterial (educação, lazer, etc) para que ela possa exercer a sua cidadania e o seu papel na sociedade democrática e, conseqüentemente, ter a sua igualdade resguardada com a efetivação dos direitos fundamentais sociais e respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, quando o mínimo existencial não é observado é a própria dignidade da pessoa humana que é violada tendo em vista que o mínimo existencial é o núcleo rígido da dignidade da pessoa humana e, o seu desrespeito, é sentido dentro e fora da esfera deste princípio, afetando todas as pessoas; além de afetar, também, os demais dispositivos constitucionais.

Dessa maneira, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 8) pondera que “há um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (Grifo do autor).

Neste aspecto, é importante destacar que:

De todo modo, o Estado deve garantir um conjunto mínimo de bens e de serviços essenciais (v.g., saúde básica, educação fundamental e assistência social e jurídica aos pobres), além de uma renda mínima (v.g., salário mínimo) capazes de assegurar o bem estar social. Aliás, o Estado de Direito somente pode ser considerado *social* quando assegura a participação da sociedade no *processo produtivo e de resultados.* (CAMBI, 2009, p. 394) (Grifou-se).

Neste caminhar, observa-se que “o combate à miséria e à pobreza, respectivamente, deve ser feito pelo fortalecimento dos instrumentos de garantia do mínimo existencial e pela expansão das prestações positivas dos direitos sociais (TORRES, 2009, p. 17)”.

Assim, resta claro que o objetivo do mínimo existencial é justamente garantir uma vida condigna à pessoa e não simplesmente proteger a mera sobrevivência, sendo certo que a ideia de mínimo existencial vai muito além do que esta visão restritiva<sup>66</sup>, sendo perfeitamente aplicável esta concepção dentro do direito à saúde.

Por meio deste paralelo e visão geral do direito ao mínimo existencial torna-se salutar trabalhar a sua importância dentro do direito à saúde assim como proposto no início deste capítulo.

#### **4.1.2 Os reflexos do mínimo existencial no direito à saúde**

Ao se analisar o conceito, o alcance e a delimitação do direito ao mínimo existencial de maneira geral, assim como fora feito acima, é possível constatar que é exatamente, neste cenário, que se enquadra o direito fundamental social à saúde, uma vez que o Estado deve garantir prestações positivas capazes de oferecer à pessoa doente um tratamento digno e humano que extrapole a mera pretensão da sobrevivência – com leitos espalhados pelos corredores, falta de consultas e medicamentos, por exemplo – e atinja o tratamento que resguarde a vida e, sobretudo, a vida digna vista em sua individualidade/integralidade e não apenas como mais um número que pode ser descartável.

Dentro desta linha de argumentação Ana Paula de Barcelos (s.d., s.p.) ressalta que:

[...] Os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática<sup>67</sup> (Grifou-se).

Pode-se dizer, portanto, que o mínimo existencial é dogmático uma vez que visa concretizar os direitos fundamentais a partir de suas fontes legislativas e jurisprudenciais

<sup>66</sup> Segundo Ricardo Lobo Torres (2009, p. 9) “[...] o mínimo existencial marca a jusfundamentalidade dos direitos sociais [...]”.

<sup>67</sup> Neste mesmo sentido Eduardo Cambi (2009, p. 23).

(TORRES, 2009, p. 27) saindo, portanto, da mera teoria e enxergando as necessidades reais e concretas de cada região/localidade nos aspectos relacionados à saúde e dignidade do cidadão.

Neste ponto, merece destaque a diferença existente entre mínimo existencial e mínimo vital/mínimo de sobrevivência que vem sendo trabalhada pelo direito comparado com destaque para a Alemanha e Portugal (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 23).

Desse modo, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2010, p. 23) o mínimo existencial não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, uma vez que este se preocupa apenas com a garantia da vida humana, ou seja, da sobrevivência – sem se importar com a qualidade desta vida – ao passo que o mínimo existencial abrange as condições para uma sobrevivência em condições dignas.

Verifica-se, dessa forma, que não basta a mera garantia de sobrevivência como, por exemplo, com o mero oferecimento de hospitais públicos. É preciso ir muito mais além da simples sobrevivência e garantir uma vida, acima de tudo, saudável, digna e em critérios de igualdade, ou seja, que o atendimento à saúde em redes públicas possa ser concretizado de forma completa, digna e com qualidade – como se fosse um atendimento privado/particular, que acaba sendo restrito, apenas, a uma pequena parcela da população que pode pagar por este serviço ou que possui plano de saúde – assim como disposto no texto constitucional e na própria legislação do Sistema Único de Saúde.

Neste aspecto, é importante destacar o posicionamento a seguir:

De qualquer modo, o referido “padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país (KRELL, 2002, p. 63) (Grifou-se).

Neste patamar, observa-se, segundo Ricardo Lobo Torres (2009, p. 36) que “a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

Ou seja, não se pode oferecer um serviço – ainda mais aquele atinente à saúde do indivíduo – simplesmente com a intenção de dizer que se tem determinado serviço sem a mínima preocupação em ver o seu real e eficaz funcionamento, capaz de salvaguardar a vida em sua proporção de igualdade e dignidade.

Por este motivo, Eduardo Cambi (2010, p. 396) enfatiza que o conteúdo da garantia do mínimo existencial há de ser percebido na vivência individual e social – uma vez

que precisa de uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar – devendo ser desenvolvido, progressivamente, em uma perspectiva aberta e casuística, sempre voltada à proteção da pessoa e sua respectiva dignidade, com a observação do tempo e do lugar em que está inserida esta população, bem como a sua estrutura econômica e financeira.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Maria Filchiner Figueiredo (2010, p. 26) “[...] encontra-se vedada até mesmo a fixação pelo legislador de valores fixos e padronizados para determinadas prestações destinadas a satisfazer o mínimo existencial [...]”.

Dessa maneira, acaba sendo justificado a não conceituação do mínimo existencial dentro de critérios e parâmetros fechados, restritos e “engessados” uma vez que, para se alcançar a dignidade da pessoa humana torna-se imprescindível analisar a realidade e a necessidade em que está inserida determinada sociedade, para que se possa garantir meios quantitativos, mas, sobretudo, qualitativos de concretização dos direitos sociais, ou seja, não basta – por exemplo – aumentar o número de atendimentos em hospitais públicos, sem garantir uma prestação de serviços relacionados à saúde com qualidade, rapidez, eficiência, oferta de medicamentos ao paciente que dele precise e que atenda as necessidades da população local.

Assim, como o Brasil é detentor de inúmeros contrastes sociais, terão regiões que precisam, por exemplo, de mais medicamentos; outras que possuem medicamentos, mas que necessitam de mais leitos e outras que nem sequer possuem hospitais em funcionamento.

Desse modo, o mínimo existencial precisa ser analisado dentro da área da saúde considerando as divergências e as necessidades reais de cada região – por ser o Brasil detentor de inúmeras desigualdades regionais – sob o risco de não conseguir atingir à efetivação do direito à saúde ao oferecer um recurso em detrimento de outro muito mais urgente e imprescindível naquela região.

Verifica-se, por outro lado, que não é qualquer direito mínimo que acaba se transformando em mínimo existencial uma vez que para que isso ocorra é necessário que seja um direito às situações existenciais dignas. Além disso, só os direitos da pessoa humana – ligados à sua existência em condições dignas – podem compor o mínimo existencial, ficando fora desta concepção os direitos das empresas ou das pessoas jurídicas (TORRES, 2009, p. 36).

Dentro da sistemática defendida acima observa-se que o direito fundamental social à saúde está intimamente ligado ao mínimo existencial tendo em vista que aquele direito além de estar relacionado à dignidade humana, atinge todos os demais direitos

fundamentais, uma vez que a pessoa detentora de saúde conseguirá automaticamente obter trabalho, educação, moradia, dentre outros direitos fundamentais.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 129) constata-se que há uma interconexão entre o direito à saúde – individual ou coletiva – com os demais direitos fundamentais e que estes direitos apresentam zonas de convergência e de superposição (direitos e deveres) o que acaba por reforçar a tese da interdependência e mútua conformação de todos os direitos humanos e fundamentais, ou seja, reforça-se o posicionamento de que os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão fazem parte de um todo, pois se completam, interagem, pensamento este que também é compartilhado por Vladimir Brega Filho (2002, p. 26).

Assim, a preocupação que se aponta é que a lesão ao direito e ao acesso à saúde ocasiona à lesão ao direito à vida e ao direito a uma vida digna, além de afetar ou diminuir outros direitos da pessoa hipossuficiente, tais como alimentação, educação, moradia dentre outros, não podendo dizer, dessa forma, que é possível concretizar à igualdade positivada no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, no Recurso Extraordinário n.º 271.286-RS, que tratava de fornecimento gratuito de medicamentos à paciente hipossuficiente com HIV que: “o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”.

Dentro desta fundamentação é importante destacar o entendimento de Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou (2009, p. 18):

Tem-se, portanto, que a violação dos direitos econômicos, sociais e culturais acaba acarretando a violação dos direitos civis e políticos e vice-versa. Nesse sentido, a vulnerabilidade do direito social à saúde está íntima e diretamente relacionada com a vulnerabilidade do direito à vida e à liberdade, entendida como possibilidade de cura ou convivência com a doença, de modo que permita, em alguma medida, o exercício da autodeterminação e da consecução de um projeto de vida (Grifou-se).

Destarte, quando um direito fundamental social à saúde não é concretizado acaba por refletir este aspecto negativo também aos direitos de primeira geração, uma vez que se o Estado não oferece a efetivação/o acesso à saúde, conseqüentemente, não estará protegendo o direito à própria vida – consagrado como direito de primeira geração – e, nem o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o núcleo elementar e intangível dos direitos fundamentais.

Por sua vez, o núcleo da própria dignidade da pessoa humana é composto do mínimo existencial, que deve prevalecer sobre a reserva do possível e sobre as limitações orçamentárias existentes, devendo ser tratado com prioridade em relação à efetivação dos demais direitos, ou seja, torna-se imprescindível maximizar o mínimo existencial relacionado ao direito à saúde, para se concretizar os demais direitos fundamentais sociais.

Isso porque “os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis” (TORRES, 2009, p. 122).

Neste contexto, a violação do direito social à saúde afeta, paralelamente, os direitos destas pessoas à devida inclusão social por ficarem fora da proteção do Estado, sem terem à devida tutela do direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, às margens do direito, afastando, dessa forma, à concretização dos direitos fundamentais o que ocasiona na sensação de ineficácia destes direitos e a perpetuação da injustiça social, sendo imprescindível, portanto, ocorrer à “libertação” da omissão e da inoperância do Estado, que representam uma afronta ao direito fundamental à saúde e que seja garantido o acesso amplo e concreto à saúde, afastando este direito da sua mera previsão formal.

Desse modo, a população ao ter o seu direito mínimo atendido por meio da concretização/cumprimento de sua necessidade existencial básica/fundamental e digna como relacionada ao direito à saúde, enxergar-se-á como “pessoa” detentora de direitos – e não mais, apenas, como um “número” sem relevância – ou seja, como cidadã e passará a atuar dentro da democracia direta e participativa, na perspectiva de Eduardo Cambi (2009) uma vez que com saúde conseguirá estudar, trabalhar, ou seja, exercerá uma conduta ativa dentro da sociedade democrática de direito.

Percebe-se, por sua vez, que a concretização do direito social à saúde depende da observação e efetivação do mínimo existencial e, conseqüentemente, do respeito à dignidade da pessoa humana. Quando não forem atendidas as garantias mínimas existenciais não haverá que se falar em efetivação dos demais direitos sociais porque estes dependem daquele, ou seja, um está intrinsecamente relacionado/ligado ao outro.

Dessa maneira, o direito à saúde equivaleria a ter um “trunfo” em um jogo de cartas, uma vez que a carta de “trunfo” é aquela que prevalece sobre as demais, mesmo sobre aquelas que possuam um valor facial mais elevado, ou seja, ter um trunfo contra o Estado Democrático, baseado na regra da maioria, significa que ter um direito fundamental é um trunfo contra a maioria (CAMBI, 2009, p. 23).

Todavia, a garantia da concretização do direito à saúde por meio da efetivação do mínimo existencial depara-se com uma barreira denominada reserva do possível assim como será abordado a seguir.

#### **4.2 Limite à Concretização do Mínimo Existencial: a Reserva do Possível**

Quando se fala em mínimo existencial logo vem em mente um outro instituto denominado reserva do possível, como se ambos significassem a mesma coisa ou que juntos caminhassem rumo à mesma finalidade qual seja: concretizar os direitos sociais fundamentais criados pelo Estado como forma de garantir o bem comum e afastar as gritantes desigualdades sociais existentes.

Entretanto, a problemática envolvendo a reserva do possível acaba por ultrapassar a própria preocupação com a efetivação dos direitos sociais passando a proteger e a resguardar o Estado acima de tudo, em detrimento das necessidades da população, ou seja, a ideia de mínimo existencial estaria em tese condicionada à reserva do possível restringindo àquilo que caberia ao Poder Público garantir em matéria de direitos sociais fundamentais.

Neste compasso, é possível observar que as principais objeções – postas em matéria de concretização dos direitos sociais – estão relacionadas com a dimensão economicamente relevante desses direitos, ou seja, argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-la (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 27).

Dentro desta argumentação aparece a noção de reserva do possível – que teve a sua origem e construção teórica na Alemanha nos início de 1970 – sendo que “a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos” (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 29) (Grifou-se).

Destarte, a ideia de efetivação dos direitos fundamentais sociais estaria ligada com a própria disponibilidade financeira do Estado em garantir ou não aquela prestação prevista apenas no texto da lei, mas não concretizada na prática. Dessa maneira, a reserva do possível apresentar-se-ia como um limite ao mínimo existencial e à possibilidade de realização dos direitos fundamentais sociais.

Neste contexto, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 287) afirma que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice uma vez que abrangeria: 1) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; 2) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que possui ligação com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas dentre outras; 3) na perspectiva do eventual titular do direito às prestações sociais, a reserva do possível estaria relacionada ao problema da proporcionalidade da prestação e sua ligação com a exigibilidade e razoabilidade.

Observa-se, assim, que a concretização dos direitos fundamentais sociais acaba por se deparar com os gastos/custos que envolvem o Estado e que deveriam ser suportados por ele sendo a reserva do possível, uma tentativa de controlar/limitar a prestação social para não onerar excessivamente o Poder Público.

Contudo, quando se fala em reserva do possível é necessário tomar uma certa cautela em relação a sua aplicação de forma desmedida. Andreas Joachim Krell (2002, p. 54) argumenta que conceitos constitucionais transplantados de um país para o outro – assim como se deu com a reserva do possível que também surgiu dentro da realidade social, econômica, política e jurídica da Alemanha<sup>68</sup> e chegou até o Brasil – precisam ser interpretados e aplicados de uma forma adaptada com a nova realidade a qual está sendo inserido, ou seja, com as circunstâncias particulares de um contexto cultural e socioeconômico diferente, o que exige um máximo de cuidado e de sensibilidade, sendo que isso não ocorreu no Brasil, ou seja, não houve a tentativa de harmonizar o conceito que fora copiado da Alemanha, sobre reserva do possível, à realidade brasileira.

Assim, “o mundo ‘em desenvolvimento’ ou *periférico*, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas transladadas dos países ricos” (KRELL, 2002, p. 54) (Grifo do autor).

Frisa-se, desse modo, que a reserva do possível tem uma abrangência na Alemanha e outra no Brasil sendo que aqui as necessidades são absolutamente diferentes – sobretudo as ligadas à saúde – uma vez que aquilo que pode ser tido como mínimo existencial, naquele país, não será o mesmo no Brasil, um país de modernidade tardia e detentor de inúmeros contrastes.

---

<sup>68</sup> Afirmação esta que também se verifica na teoria que permeia o mínimo existencial.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar uma existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. (Recurso Especial n.º 1.041.197 – MS (2008/0059830-7). Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento: Brasília, 25 ago. 2008. Dje 16 set. 2009) (Grifou-se).

Verifica-se, dessa maneira, que a solução para efetivar direitos fundamentais sociais não é copiar modelos que foram criados e funcionaram bem em países desenvolvidos, uma vez que estes modelos não se desenvolverão de maneira coerente, harmônica, completa e satisfatória com as reais necessidades do país em desenvolvimento em que serão implantados.

Portanto, nos dizeres de Andreas Joachim Krell (2002, p. 54), a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações, com a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência (que se obrigaria a uma série de funções principalmente na esfera social: saúde, escola, moradia, transporte, etc) nunca teria sido implantado assim como foi na Alemanha<sup>69</sup>.

Neste cenário, “a reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais” (TORRES, 2009, p. 105).

Além disso, a reserva do possível, por sua vez, não é elemento integrante (nuclear) dos direitos fundamentais, ou seja, não faz parte do seu núcleo essencial – assim como faz parte o mínimo existencial – sendo que ela seria uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais sociais e, somente em algumas circunstâncias, poderia atuar como uma garantia aos direitos fundamentais como, por exemplo, na hipótese de conflitos de

<sup>69</sup> País este que conseguiu implantar e efetivar os direitos sociais.

direitos quando se cuidar da invocação da indisponibilidade de recursos com intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2010, p. 288).

Dentro deste quadro é importante destacar o entendimento de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 195):

[...] verifica-se que a reserva do possível é exterior ao direito, que não determina seu conteúdo, não influencia na sua existência jurídica (no sentido de vigência), mas pode, eventualmente, comprometer a sua eficácia. Nestas condições, afirmar que um direito pode ser exigível na medida da disponibilidade de meios materiais necessários à sua realização significa estabelecer, num primeiro momento, o amplo alcance da norma de direito fundamental, e num segundo, a possibilidade de restrição com base em elementos da realidade empírica [...] (Grifou-se).

Dessa forma, observa-se que a reserva do possível não faz parte dos direitos fundamentais – sendo exterior a eles – e sempre estará dividida entre dois lados: limitação/escassez dos recursos disponíveis e as necessidades infinitas das pessoas a serem observadas e cumpridas por meio destes recursos, que podem comprometer a própria eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Nesta linha de interpretação, observa-se que “a ‘reserva do possível’ não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa” (TORRES, 2009, p. 105-106).

No entanto, torna-se salutar, encontrar um meio termo quando o assunto é a questão envolvendo a reserva do possível, uma vez que ela não pode representar um limite absoluto que vá contra a própria efetivação do direito social à saúde e não pode ser sempre uma resposta negativa para a concretização do mínimo existencial funcionando como uma argumentação cômoda, para não garantir o mínimo existencial e, conseqüentemente, a efetivação dos demais direitos fundamentais sociais.

De acordo com Renato Bernardi e Rafael José Nadim de Lazari (2013, p. 164) “não se pode admitir a ‘reserva’ como cláusula negatória indiscriminada de suprimento de direitos fundamentais sociais [...]”.

Seguindo este raciocínio é importante observar que sem dúvida “los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos”<sup>70</sup> (ALEXY, 2002, p. 495).

<sup>70</sup> “Os direitos fundamentais sociais mínimos têm consideráveis efeitos financeiros quando há muitos que os afirmam. No entanto, isso por si só não justifica inferir a não existência destes direitos” (Tradução livre).

Assim, os direitos fundamentais sociais – com destaque, neste caso, para o direito à saúde – precisam ser o equilíbrio a ser observado, respeitado e efetivado e, deve ser prioridade em matéria orçamentária, dentro das argumentações que permeiam a reserva do possível, não podendo esta se transformar em uma mera desculpa para os descumprimentos das prestações sociais previstas na Constituição Federal de 1988.

Ou seja, se para garantir o direito à vida é inevitável garantir o direito à saúde, logo, se conclui que não há nada mais importante em matéria orçamentária que a própria preocupação e concretização de medidas voltadas ao direito à saúde. O direito à saúde é o primeiro que precisa ser garantido por ser o garantidor dos demais direitos sociais tais como: vida, educação, trabalho, moradia, dentre outros. Após a sua efetivação é que haverá o cumprimento dos demais direitos fundamentais.

Destarte, “a reserva do possível, quando considerada como uma *limitação fática* (v.g., alegação de inexistência de recursos) à implementação dos direitos fundamentais, exige que o Poder Público assumira o *ônus da prova*” (CAMBI, 2009, p. 401) (Grifo do autor).

Portanto, segundo Eduardo Cambi (2009, p. 401), o Poder Público deverá demonstrar que há a exaustão orçamentária – ou seja, que inexistem recursos financeiros suficientes e o motivo da ausência deste recurso – que o impede de cumprir/concretizar determinadas decisões judiciais que permeiam o mínimo existencial tais como o direito à saúde.

Observa-se, assim, que a reserva do possível não deve funcionar como uma recusa ou um impedimento à concretização do mínimo existencial e nem ser utilizada de forma irracional que comprometa a própria efetivação do direito fundamental social à saúde, sendo que deve ser analisada não como uma regra, mas sim como uma exceção, uma vez que pensar de forma diferente é garantir a exclusão social das pessoas que dependem da concretização do núcleo mínimo dos direitos fundamentais, que é denominado de mínimo existencial.

Neste contexto, observa-se que: “[...] enxugar a máquina estatal num Estado periférico pode significar a diminuição ou mesmo a eliminação da possibilidade de acesso das camadas populares a direitos básicos como saúde, previdência, saneamento básico, moradia e educação” (ROCHA, 2011, p. 8).

Diante do choque do mínimo existencial com as limitações do orçamento, torna-se imprescindível priorizar a maximização do mínimo existencial do direito à saúde – afastando a própria reserva do possível – como forma de garantir a inclusão social, assim como será demonstrado a seguir.

### 4.3 Maximização do Mínimo Existencial: Prioridade Orçamentária deste Instituto como Forma de Inclusão Social

Analisando os apontamentos levantados acima é possível verificar que a reserva do possível não pode ser um elemento negativo copiado do modelo alemão como forma de impedir à concretização do mínimo existencial e amputar a potencialidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais, sobretudo o direito à saúde que repercute sobre todos os demais.

O núcleo intangível da dignidade da pessoa humana – que é o mínimo existencial – deve sempre ser posto acima da própria reserva do possível, uma vez que dentro das limitações do orçamento cabe ao Estado priorizar “as *condições gerais mínimas* para a emancipação da pessoa humana, porque esta é a premissa *mais favorável* à realização dos direitos fundamentais em *países de modernidade tardia* como o Brasil” (CAMBI, 2009, p. 390) (Grifo do autor).

Isso se dá uma vez que o Estado – ao conceber os direitos sociais como direitos fundamentais – assumiu um compromisso para com a sua efetivação, o que significa que deve pautar a sua atividade com vistas à realização destes direitos previstos formalmente na Constituição Federal de 1988 (KELBERT, 2011, p. 76).

Víctor Abramovich e Christian Courts (2004, p. 135) pontuam que:

Si la asunción de obligaciones en este campo establece un catálogo de prioridades que el Estado se ha comprometido a asumir, debiendo dedicar preferentemente sus recursos a cumplir estas obligaciones antes de dedicarlos a otras áreas no previstas en los instrumentos pertinentes, la constatación de la omisión de cumplimiento de ese compromiso debe dar lugar a una declaración de que dicho incumplimiento es violatorio del derecho em cuestión<sup>71</sup>.

Desse modo, torna-se imprescindível o estabelecimento de prioridades orçamentárias, em matéria de saúde, aliando-as ao mínimo existencial como forma de respeitar à própria dignidade da pessoa humana e afastar a exclusão social. Com a operacionalização deste ponto, a reserva do possível poderia conviver de maneira pacífica ao lado do mínimo existencial.

---

<sup>71</sup> “Se a assunção de obrigações neste campo estabelece um catálogo de prioridades que o Estado se tem comprometido a assumir, devendo dedicar preferencialmente seus recursos a cumprir estas obrigações antes de se dedicar a outras áreas não previstas nos instrumentos pertinentes, a constatação da omissão do cumprimento deste compromisso deve resultar em uma declaração de que referido descumprimento é uma violação do direito em questão” (Tradução livre).

Nesta linha de argumentação Eduardo Cambi (2009, p. 389) afirma que:

Uma vez que os recursos públicos são limitados, devem ser aplicados, prioritariamente, na concretização de condições mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (*mínimo existencial*). Procura-se, destarte, uma *otimização* nos gastos públicos, voltada à aplicação prioritária na efetivação dos direitos fundamentais sociais, sem os quais as pessoas não teriam condições mínimas de sobreviver com dignidade (*maximização do mínimo existencial*) (Grifou-se).

Neste aspecto, a ideia de maximização do mínimo existencial ganha a sua importância/relevância uma vez que em matéria orçamentária é o mínimo existencial dentro do direito social, com ênfase na saúde pública, que deve ser atendido e observado antes de todos os demais direitos. Neste quadro, a maximização do mínimo existencial está aliada aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade para atender aos direitos fundamentais sociais diante da escassez de recursos públicos.

Assim, “o *mínimo existencial* postula as políticas públicas *maximalistas*, pois deve ser dinamizado e ampliado em sua extensão máxima” (TORRES, 2009, p. 275).

Dessa forma, procura-se cumprir, em primeiro lugar, dentro do direito fundamental social, o direito à saúde, devido ao seu caráter de urgência e fundamentalidade – relacionados com o mínimo existencial – para que as pessoas possam alcançar uma vida digna e não apenas a simples sobrevivência.

Apenas, após esta observação, é que se deve atender os demais direitos, sendo que isso se encaixa, perfeitamente, dentro daquilo que se passou a chamar de otimização dos gastos públicos como forma de concretizar à dignidade da pessoa humana. Pensar de forma diferente é materializar a injustiça e a exclusão social da população hipossuficiente e enferma.

Neste linear, a reserva do possível não pode ser utilizada como um escudo a ponto de se evitar o cumprimento de obrigações prioritárias como as da saúde, ou seja, a reserva do possível não pode ser uma excludente ou um entrave ao mínimo existencial mesmo diante da escassez/limitação de recursos públicos, uma vez que por ser o mínimo existencial, o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e da própria dignidade da pessoa humana, ele deve ser a prioridade do Estado, mesmo diante de poucos recursos econômicos, uma vez que é o mínimo do mínimo que se espera.

Neste diapasão merece destaque o entendimento a seguir:

De igual modo, quando se opta pela concretização do *mínimo existencial*, não se está abrindo mão de parcela dos direitos fundamentais sociais, mas apenas encontrando um modo pelo qual os direitos fundamentais possam se realizar na maior medida possível. [...] Os demais direitos devem ser buscados no exercício democrático da

*cidadania reivindicatória e da prática orçamentária*” (CAMBI, 2009, p. 390) (Grifou-se).

Dessa maneira, após a concretização do mínimo existencial relacionado à saúde pública é que se poderá pensar na realização de outros gastos, em projetos pendentes, sendo esta uma alternativa para que possa ocorrer à própria efetivação dos direitos fundamentais sociais, uma vez que sem se respeitar esta prioridade, os direitos fundamentais se transformarão/firmarão em uma simples previsão formal de direitos que conduzirá a Constituição Federal de 1988 a uma carta de direitos meramente simbólicos sem nenhuma utilidade prática.

Portanto, quando há a ausência de comprometimento do Poder Público com a efetivação dos direitos fundamentais acaba por inviabilizar as transformações sociais sendo que, por este motivo, além da previsão formal destes direitos é indispensável que o Estado-juíz assegure, efetivamente, a tutela dos direitos (CAMBI, 2009, p. 371).

Ressalta-se, assim que, em matéria de mínimo existencial não se pode utilizar à reserva do possível como sendo um óbice, um impedimento visto que o mínimo existencial não é uma prestação supérflua no Brasil, mas sim que está entrelaçada com a própria dignidade humana, princípio este imprescindível para que se possa falar em Estado Democrático de Direito.

Nesta linha de raciocínio, observa-se – assim como já trabalhado e apontado anteriormente – que a democracia direta e participativa só pode ser alcançada quando a pessoa se reconhece como cidadã, diante da concretização/cumprimento de suas necessidades existenciais básicas/fundamentais e dignas.

É preciso “abrir” os olhos para a realidade atual; para o descaso na saúde pública e para a miséria que envolve a população; para a fome e abandono das pessoas e dos demais direitos fundamentais sociais, que colocam a população fora da proteção do Direito; é preciso dar “voz para quem não tem voz” e “destampar os ouvidos” para ouvir as pessoas que estão às margens do direito.

Neste ínterim, é possível aplicar por analogia a teoria de Enrique Dussel (2005) sobre a Filosofia da Libertação, em relação à maximização do mínimo existencial em detrimento dos limites orçamentários, uma vez que esta teoria coloca que é necessário ocorrer à libertação de toda a forma de opressão e exclusão, sendo que a não concretização do mínimo existencial, do direito à saúde e dos demais direitos fundamentais sociais para resguardar o orçamento, seriam uma forma de opressão e exclusão por conduzir as pessoas às margens do direito e da própria vida.

A Filosofia da Libertação interessaria, assim, não como um fim, mas como um elemento do processo de autorrealização da dignidade da pessoa onde o “excluído” torna-se-ia sujeito de sua própria história uma vez que passaria a ser “visto” pelos membros da totalidade ao ter o seu direito à saúde e, conseqüentemente, os demais direitos fundamentais garantidos na prática e não só na letra morta da lei (DUSSEL, 2005).

Neste diapasão, fica latente que não é mais suficiente positivizar direitos eleitos como fundamentais na Constituição Federal de 1988 sem a devida preocupação com a sua efetivação.

Por este motivo, a questão que envolve o orçamento jamais poderá ser colocada acima da própria essencialidade e cumprimento do mínimo existencial de maneira qualitativa e quantitativa, uma vez que é o mínimo do mínimo que se pode e deve esperar do Poder Público, como forma de se garantir a universalidade material e concreta e não a universalidade abstrata, assim como se tem feito.

De acordo com Leonardo Augusto Gonçalves (2009, p.153):

[...] apesar das sempre presentes limitações orçamentárias relativas às possibilidades de implementação das políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais sociais, temos como certo que a mera invocação da teoria da reserva do possível não pode ser aceita na busca de uma justificativa para os tão baixos níveis na amplitude de atendimento e na eficiência (qualidade) dos serviços públicos (Grifou-se).

Destarte, o direito fundamental social à saúde não pode ficar à mercê do orçamento e da reserva do possível para ser efetivado. Assim, mesmo diante dos limites que existem no orçamento público e, dos custos que envolvem os direitos fundamentais sociais, estes deverão ser respeitados e observados porque são o mínimo esperado em matéria de concretização/efetivação de preceitos constitucionais e da operacionalização da inclusão social, sendo que o primeiro direito social a ser atendido deve ser o direito à saúde por ser uma “mola propulsora” dos demais.

Exemplo que confirma esta afirmação é que “há nos Tribunais Superiores, firme orientação jurisprudencial segundo a qual o Direito à Vida é um direito *superior*, que não pode ser contrastado com *questões menores* como as finanças públicas e orçamento” (AMARAL e MELO, 2010, p. 79) (Grifo do autor).

E, assim como já mencionado anteriormente, se é garantido o direito à vida é porque se garantiu previamente o direito à saúde. O direito à vida só pode ser alcançado se é garantido e efetivado o direito à saúde e; por sua vez, só é possível concretizar à dignidade da pessoa humana se for garantido na forma e na prática o direito à saúde.

Ressalta-se, neste sentido, seguindo a posição de Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p. 96) que:

[...] percebe-se no entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais Superiores que o direito à saúde tem sido considerado um direito Público subjetivo em quase todas as decisões, predominando a lógica de simplificar o direito à saúde como equivalência ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Portanto, todo indivíduo tem o direito à vida, à dignidade humana e à saúde (Grifou-se).

Ou seja, trata-se de um ciclo indissolúvel e indissociável, onde cada direito seria visto como uma “peça de engrenagem” que impulsiona todo o conjunto de um “maquinário” que se chama vida. Assim, para que exista a própria vida é preciso que o direito à saúde seja cumprido e, com esta observação, será efetivada a dignidade humana. A ausência do direito à saúde prejudica a realização dos demais direitos e princípios.

Neste sentido, observa-se que:

[...] as prioridades em matéria de gastos públicos são aquelas fixadas pela Constituição que determina, entre os objetivos fundamentais, a promoção da dignidade humana, tarefa cujo cumprimento as autoridades públicas estão vinculadas. Não é possível concretizar a dignidade sem a garantia do direito à saúde (SALAZAR e GROU, 2009, p. 92).

Portanto, a prioridade dentro do próprio orçamento é garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e, dentre estes direitos – assim como já apontado anteriormente – precisa ter prioridade o direito à saúde por ser o garantidor de todos os demais direitos e promotor da própria dignidade humana.

Nesta linha de argumentação, é importante destacar o posicionamento de Érica Marcelina Cruz (2011, p. 153):

Se não há orçamento para as políticas sociais, o Estado e seus agentes têm de responder por isso (art. 37, § 6º da CF), pois a doença que aflige os autores de demandas judiciais, por exemplo, não é fato novo, logo, não é possível dizer que colheu a autoridade pública de surpresa. Se o legislador constitucional dispôs acerca do acesso universal e do atendimento integral às pessoas (art. 198, II, da Constituição Federal; art. 219, 2 e 4, e art. 222, IV, ambos da Constituição Estadual), não pode o administrador, em seu projeto de lei relativo ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias a ao orçamento anual, dar menor ênfase, que repercute na expressão monetária, àqueles setores da vida pública, sob pena de se ver aqui configurada uma contradição valorativa ou uma contradição de princípios. Em outros termos, o legislador ter-se-ia afastado da vontade do legislador constitucional ou da vontade da Constituição (Grifou-se).

Assim como abordado anteriormente a doença sempre existiu e assombrou a existência humana colocando em jogo a própria vida. Dessa forma, o Estado tem que prever em seu orçamento as verbas necessárias para a efetivação do direito à saúde com qualidade e quantidade, uma vez que se a doença não é um fenômeno atual, não dá para ele afirmar que não esperava por este gasto.

A vida, por sua vez, não pode esperar e necessita para sua completude da garantida da saúde que precisa ser o tanto quanto integral, de acordo com o previsto no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.080/90.

Colocar o orçamento acima do próprio mínimo existencial é banalizar o direito à vida e eternizar a violação do direito fundamental social à saúde, impedindo que ocorra a verdadeira e devida inclusão social das pessoas – sobretudo as hipossuficientes – por ficarem fora da proteção do Estado, ou seja, às margens do direito, afastando, dessa forma, a eficácia dos direitos fundamentais.

Neste cenário, destaca-se que:

O Estado tem o dever de alocar recursos necessários para o cumprimento de prestações garantidas pela Constituição prioritariamente. Não o fazendo previamente, poderá promover as alterações necessárias no orçamento sem ofensa às normas constitucionais que dispõem sobre os princípios orçamentários e sobre os gastos públicos. Especialmente atenderá a Constituição Federal quando remanejar verbas inicialmente destinadas a atividades de menor ou pouca importância, como é o caso daquelas destinadas à publicidade governamental (SALAZAR e GROU, 2009, p. 92) (Grifou-se).

Neste aspecto, resta nítido que o direito à efetivação da saúde é extremamente fundamental e deve ser atendido e observado acima dos demais direitos fundamentais e, sobretudo em relação a gastos dispensáveis tais como o referido acima que é a publicidade governamental.

Ou seja, como é possível o Estado querer se escusar do cumprimento do direito fundamental social à saúde, alegando ausência de recursos econômicos, se gastou, por exemplo, no ano de 2012, R\$ 2,8 bilhões “em compra de mídia pela publicidade de órgãos federais da administração direta e estatais e verbas destinadas a patrocínio”, sendo que este valor corresponde a 6% do investimento total e foi considerado o maior investimento realizado nos últimos anos de acordo com o relatório da Secretaria da Comunicação Social da Presidência da República (SECOM) (GOVERNO, 2012, s.p.).

Entre a autopromoção do Governo Federal e a saúde de seu povo não resta dúvidas de que é esta que deve prevalecer e isto é indiscutível. Um governo que não respeita a saúde de seus eleitorados não respeita a sua própria história.

Neste compasso, o caminho que resta a seguir é sempre observar, no caso concreto, quais os direitos em conflitos e quais precisam da efetivação da tutela de direito em caráter de urgência – como forma de garantir a vida em sua dignidade – levando-se sempre em consideração, a necessidade de se afastar à exclusão social que permeia a mera previsão formal e “simbólica” de direitos sociais.

Esta é a ideia que precisa ser buscada e seguida: maximizar o mínimo existencial do direito à saúde e não o orçamento. O orçamento existe para garantir condições de existência mínimas para as pessoas e não para ser sobreposto sobre o próprio mínimo existencial, ao direito à saúde, aos demais direitos sociais, à dignidade humana e à inclusão social ou ser priorizado dentro de atividades não essenciais e desnecessárias, assim como as despesas com publicidade governamental apontadas anteriormente.

Desse modo, quando estiver em conflito o mínimo existencial em matéria de saúde pública e o orçamento é aquele que deve prevalecer sempre, uma vez que não há nada mais urgente para se efetivar do que a própria garantia ao mínimo existencial dentro da esfera do direito à saúde que envolve, conseqüentemente, todos os demais direitos fundamentais.

Neste aspecto, destaca-se que “[...] o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar do difícil equacionamento entre *reserva do possível* e o limite orçamentário, com o *mínimo existencial* a ser garantido a cada ser humano, em regra, tem optado por garantir o direito à saúde na forma pleiteada” (SILVA, 2010, p. 96) (Grifo do autor).

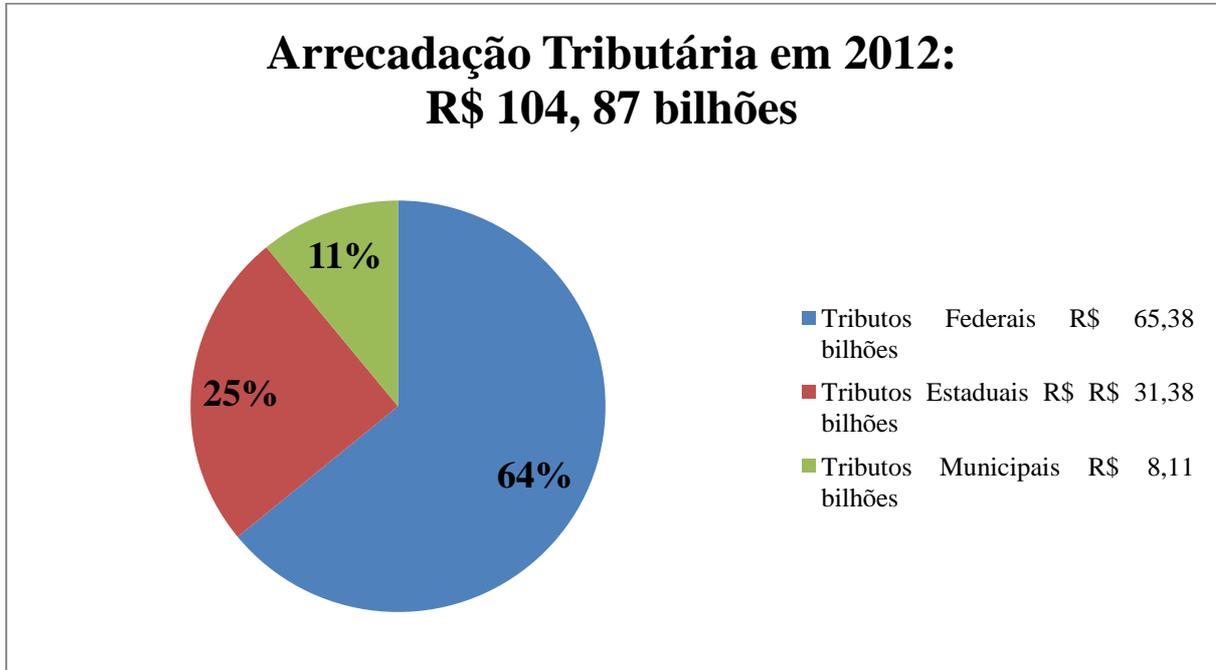
Nesta linha de argumentação Ricardo Lobo Torres (2009, p. 101) sustenta que:

Ainda falta, no direito brasileiro (e os Tribunais não o construíram), instrumento semelhante ao do *mandado de injunção americano*, que permita ao Judiciário vincular o Legislativo na feitura do orçamento do ano seguinte, em homenagem a direitos fundamentais sociais (= mínimo existencial), que necessitam do controle jurisdicional contramajoritário típico dos direitos essencialmente constitucionais (Grifou-se).

Por outro lado, o descompromisso do Estado com a efetivação dos direitos sociais e o uso indiscriminado de desculpas afirmando que há escassez de dinheiro e de recursos, com a nítida intenção de não cumprir o que fora previsto na Constituição Federal de 1988 e nas demais legislações, não deve prosperar uma vez que a arrecadação tributária vem

crescendo durante o decorrer dos anos, sendo que em 2012 houve um aumento de R\$ 104,87 bilhões, assim como está demonstrado na figura abaixo.

**FIGURA 1:** Demonstrativo do Aumento da Arrecadação Tributária no ano de 2012



Fonte: A própria pesquisadora com base nos dados do estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) realizado por Gilberto Luiz do Amaral, João Eloi Olenike e Letícia Mary Fernandes do Amaral (2013, p. 2).

De acordo com a ilustração acima é possível verificar que a arrecadação tributária cresceu em R\$ 104,87 bilhões – em comparação com o ano de 2011 – sendo que: R\$ 65,38 bilhões são provenientes de tributos federais, o que corresponde à 64% do que fora arrecado; R\$ 31,38 são de tributos estaduais relacionados à 25% da arrecadação e R\$ 8,11 são de tributos municipais que estão relacionados a 11% da arrecadação tributária

Desse modo, “a arrecadação tributária aumentou R\$ 104,87 bilhões em 2012, totalizando R\$ 1.597,02 bilhões (R\$ 1,59 trilhão), contra R\$ 1.492,15 bilhões (R\$ 1,49 trilhão) em 2011” (AMARAL, OLENIKE e AMARAL, 2013, p. 3).

Dentro deste aumento cada brasileiro pagou em média R\$ 8.230,31, com aumento de R\$ 460,37 em relação ao ano anterior (AMARAL, OLENIKE e AMARAL, 2013, p. 2).

Neste ínterim é importante destacar o posicionamento de Fernando Facury Scaff (2011, p. 90):

Observe-se – e isto é de suma importância –, que esta fonte de custeio [...] que se constitui em verdadeira garantia financeira para a consecução do direito à saúde, decorre de desembolsos compulsórios de todas as pessoas que são contribuintes do sistema tributário nacional, sejam brasileiros ou estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem personalidade jurídica própria e tipificada em nosso ordenamento legal. Desde que contribua para o sistema tributário brasileiro estará ipso facto contribuindo para o custeio do SUS e, conseqüentemente, para o financiamento do direito à saúde no Brasil. Isto independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. Quem paga a conta dos gastos realizados é a própria sociedade, seja através dos tributos pagos diretamente na condição de contribuinte, seja indiretamente na aquisição de bens ou serviços, sobre os quais incide a tributação (Grifou-se).

Neste diapasão, como é possível o Estado se valer de afirmações de que não há verbas suficientes para concretizar o direito à saúde se todos os brasileiros pagam por esta efetivação por meio de tributos seja de forma direta ou indireta?

E o que se falar da Previdência Social que a população é obrigada a pagar e que se caracteriza como um verdadeiro Plano de Saúde? Como é possível alegar ausência de recursos financeiros se as pessoas pagam por isso?

Merece destaque, neste ponto, a análise do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) elaborado por Gilberto Luiz do Amaral, João Eloi Olenike e Letícia Mary Fernandes do Amaral (2013, p. 3) onde consta que “o tributo que mais cresceu em valor foi o INSS – Previdência Social, com crescimento de R\$ 30,73 bilhões (11,31%) em relação a 2011” (Grifou-se).

Dessa forma, se a população paga a Previdência Social, se há o aumento significativo deste tributo, é inadmissível a não operacionalização de medidas voltadas à real efetivação do direito à saúde da população.

É injustificável – diante do aumento dos tributos – continuar com a previsão do direito social à saúde apenas na letra formal da legislação sem pretensão clara de concretização. Assim, como é possível falar em ausência/limitação de recursos/orçamento na área da saúde, quando existe, do outro lado, um crescimento dos tributos federais, estaduais e municipais, além do aumento do valor do tributo relacionado à Previdência Social?

E, ainda, como é possível afirmar fragilidade do orçamento se há gastos desnecessários previstos para serem cumpridos ao lado do direito à saúde, como é o caso de propaganda/publicidade do Governo?

Soma-se a isso o fato de que o artigo 195 da Constituição Federal de 1988 já previa que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]” (Grifou-se).

Além disso, o artigo 198, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988 estabelece claramente que “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes” (Grifou-se).

Portanto, é dever do Estado observar e respeitar as questões voltadas à concretização do direito à saúde uma vez que há previsão constitucional para o financiamento do próprio orçamento, não devendo ser utilizada a reserva do possível – ou outro argumento – como justificativa para a não efetivação deste direito.

Merece destaque, também, os gastos com publicidades no período de eleições municipais em que é comum ocorrer à pavimentação asfáltica – sem a devida necessidade em detrimento do direito fundamental social à saúde – apenas para angariar eleitores.

Segundo dados fornecidos pela Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Asfalto (Abeda), constantes no periódico Gazeta Mercantil, edição do dia 26 (vinte e seis) de junho de 2008 e disponível na obra de Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p. 92), as eleições municipais determinam significativo aumento na demanda de matéria-prima voltadas à pavimentação asfáltica, o que representou uma movimentação de R\$ 2,8 bilhões de faturamento em 2008, dinheiro este que poderia ter sido destinado à efetivação da saúde pública.

É por levantamentos/dados como estes que, em matéria de saúde pública, o mínimo existencial é prioridade, sendo que esta afirmação pode ser verificada da simples análise do artigo 198, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988 em que está disposto que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos [...]” sendo que o emprego deste percentual recairá sobre o produto da arrecadação de impostos.

Nesta feita, observa-se que o orçamento nunca poderá ser visto como o fim e sim como o meio. O mínimo existencial e a efetivação do direito fundamental social à saúde são o fim que se pretende alcançar – em detrimento de ações desnecessárias/secundárias e de outros direitos – como forma de se criar uma Constituição “ativa” e verdadeiramente cidadã, por meio da concretização dos direitos fundamentais sociais, sendo este o objetivo defendido pela teoria do neoconstitucionalismo a seguir exposta.

#### 4.4 Do Constitucionalismo ao Neoconstitucionalismo

Conforme observado no transcorrer do presente trabalho, a constitucionalização do direito à saúde veio, em um primeiro momento, atender e trazer uma resposta à população, após um período de nenhuma previsão legal em que a saúde era encarada como um castigo/punição dos deuses e, por este motivo, o Estado não se via como responsável em assegurar este direito<sup>72</sup>.

Por sua vez, após “[...] a derrota dos regimes totalitários (nazi-fascistas), verificou-se a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder [...]” (CAMBI, 2009, p. 31).

Destarte, de acordo com Jairo Néia Lima (2012, p. 78) o constitucionalismo seria um fenômeno de limitação do poder político por meio de Constituições escritas que asseguram os direitos e garantias fundamentais, sendo certo que, o Estado constitucional estaria limitado politicamente contra a tirania e a arbitrariedade e seria, por outro lado, o garantidor de liberdades públicas exteriorizadas em forma de direitos fundamentais.

Assim, na seara do direito fundamental social à saúde, a mera previsão na Constituição de 1824 sobre os socorros públicos (artigo 179, inciso XXXI) já representara um grande avanço, uma vez que trazia em seu texto escrito uma pequena normatização sobre este direito, sendo certo que as demais Constituições foram agregando previsões sobre os direitos sociais até se chegar na atual Constituição Federal de 1988 que conduziu este direito ao rol da fundamentalidade (artigo 6º da Constituição Federal de 1988) e da obrigatoriedade de prestação por parte do Estado (artigo 196 da Constituição Federal de 1988), além da Legislação do Sistema Único de Saúde (Lei n.º 8.080/90).

Dessa maneira, observa-se que a primeira e única preocupação era consagrar direitos fundamentais no texto da Constituição e das demais legislações. Todavia, não havia a mínima preocupação se estes direitos conseguiriam ou não ser cumpridos/observados na prática. Ou seja, a preocupação que o legislador passou a ter era simplesmente em positivizar direitos sociais para afastar as atrocidades cometidas anteriormente pelo Estado, criando, desse modo, meros catálogos de direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>72</sup> Assim como defendido no capítulo 3 do presente trabalho.

Nesta linha de raciocínio é importante destacar que:

A separação estrita de poderes, o princípio da legalidade, os direitos e garantias individuais foram as formas pelas quais o constitucionalismo tradicional, tal como expendido até aqui, se manifestou. Todavia, as construções teóricas que sustentam esse modelo não têm dado conta de trabalhar com as necessidades e com a evolução pela qual passa o direito constitucional nessa quadra da história. Tais transformações dão sinais da insuficiência do sistema tradicional em conceder respostas aos problemas causados numa sociedade complexa, excludente e global (LIMA, 2012, p. 78) (Grifou-se).

Portanto, logo se verificou que a garantia dos direitos fundamentais estava muito além da simples positivação dos direitos fundamentais. A mera previsão formal de dispositivos fundamentais<sup>73</sup> – sobretudo os ligados ao direito social à saúde – tornou-se inadequada diante da realidade atual, não sendo mais possível, portanto, prever/positivar direitos sem a mínima intenção ou possibilidade de cumprimento.

Neste compasso é que surgem as ideias do neoconstitucionalismo, como forma de “[...] superar o paradigma da *validade meramente formal* do direito, no qual bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão jurídica” (CAMBI, 2009, p. 35).

Verifica-se, dessa forma, que o neoconstitucionalismo surge como forma de efetivar/concretizar na prática os direitos fundamentais que foram consagrados formalmente até então e se encontram em “estado de dormência”, sendo incapazes de transformar a realidade atual.

Assim, “na busca de um direito constitucional transformador por meio da eficácia dos direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo desponta, na virada do século XXI, como alternativa teórica para o alcance de tais objetivos” (LIMA, 2012, p. 87), tendo, ao seu lado, as ideias trabalhadas em torno do mínimo existencial e da sua maximização.

Desse modo, de acordo com Eduardo Cambi (2009, p. 18-19) a consolidação do Estado Social, em países da periferia do capitalismo, assim como ocorre no Brasil, exige que ocorra a concretização dos direitos fundamentais sociais e, conseqüentemente, à realização de políticas públicas indispensáveis à sua realização, uma vez que a efetivação de direitos sociais – em países de modernidade tardia como o Brasil – exige a superação do positivismo jurídico e do formalismo processual, além da necessidade de despertar do sono dogmático que consome o pensamento crítico/inovador capaz de fomentar a mudança na realidade.

---

<sup>73</sup> Assim como visto acima.

Neste cenário, Ana Paula de Barcellos (s.d., s.p.) afirma que:

[...] o neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, de feérica, instável e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideais de normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática (Grifou-se)

Dentro desta linha de argumentação, torna-se inevitável, também, um despertar da sonolência que rodeia a Constituição Federal de 1988 e da própria legislação que prevê o Sistema Único de Saúde (Lei n.º 8.080/90) para que ocorra uma concretização técnica do direito à saúde e se transformem em documentos ativos e operantes com prevalência e primazia da dignidade da pessoa humana em detrimento ao fetiche e culto exacerbado da norma.

No que tange à Constituição Federal, José Afonso da Silva (2012, p. 224) sustenta que toda Constituição é elaborada e promulgada com a intenção de ser aplicada e, dessa maneira, nasce com o destino de reger a vida de uma Nação, de construir uma nova ordem jurídica, de informar e inspirar um determinado regime político-social.

Das palavras de mencionado autor é possível retirar à seguinte afirmação: a Constituição Federal de 1988 precisa ser aplicada efetivamente na prática e atingir os objetivos para o qual fora criada e que se encontram adormecidos, para atingir a real necessidade da população.

Soma-se a isso, o fato de que o momento atual é de maximização do alcance da Constituição e, conseqüentemente, promover a sua operacionalização, uma vez que esta “[...] deixou de ser considerada uma mera receita sobre o funcionamento do Estado, de cunho exclusivamente político ou até, documento de meras intenções” (ALARCÓN, 201, p. 121) (Grifou-se).

Dentro desta sistemática, confirma-se, mais uma vez que, o momento atual não é mais de prever direitos como se a Constituição Federal fosse uma “mera receita” a se seguir. A sociedade atual clama pela efetivação dos seus direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, sendo esta a luta que a população deste tempo precisa enfrentar.

Neste ínterim, Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 122) afirma que:

[...] não há como negar, [...], que a Constituição reproduz normativamente o estágio em que se encontra a luta entre os diversos atores políticos e econômicos de uma sociedade determinada ou que, em últimas, reflete uma decisão sobre a forma de ser do Estado durante uma etapa histórica (Grifou-se).

Neste contexto, Carlos Santiago Nino (2010, p. 7) pontua que o direito – como um instrumento de mudanças sociais de natureza variada – “é o reflexo de ideologias e de esquemas valorativos dominantes e enfrenta a resistência de diferentes grupos e de diversas circunstâncias sociais e econômicas”.

Contudo, como diria Luis Roberto Barroso (2005, p. 2): “a difícil tarefa de construir as instituições de um país que se atrasou na história exige energia, idealismo e imunização contra a amargura. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo”.

Este é, portanto, o momento que se depara o Brasil diante da saúde pública. É preciso concretizar os “catálogos formais de direito” dando ênfase ao mínimo do mínimo que deve ser exigido e que deve prevalecer acima da reserva do possível e das limitações orçamentárias como forma de maximizar o direito fundamental social à saúde – assim como trabalhado no tópico anterior – sendo esta necessidade inadiável, uma vez que não é mais possível amputar aquilo que é consagrado como fundamental e essencial à própria vida que é a saúde.

Além disso, segundo Daniel Sarmiento (s.d., s.p.) é preciso observar, dentro do neoconstitucionalismo, as características centrais do novo paradigma quais sejam:

[...] valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.

É possível, constatar, desse modo, que o momento atual clama por uma valorização e reconhecimento dos princípios constitucionais, que devem caminhar ao lado da teoria do mínimo existencial e de sua maximização, como forma de flexibilizar a própria interpretação “engessada” da lei, assim como será trabalhado no tópico abaixo.

#### **4.5 Dos Princípios Constitucionais**

Os tempos atuais não podem aguardar. A sociedade vive uma corrida contra o tempo. Todos possuem pressa e a saúde, por sua vez, não pode esperar. Dentro desta luta interminável pela vida, os princípios constitucionais ressurgem como garantidores da nova

onda neoconstitucionalista em que a efetivação de um direito e, a aplicação de um princípio, deve prevalecer diante do formalismo exacerbado e inoperante da legislação.

Neste sentido, Gelson Amaro de Souza (2012b) afirma que sempre que o direito estiver em perigo, entre sacrificar o direito material ou sacrificar a forma que seja esta sacrificada. Entre a forma e o direito à saúde deve se dar preferência a este.

Destarte, a ductilidade ou flexibilidade da Constituição resulta da coexistência harmônica de valores por ela previstos, tendo em vista que são muitos os valores que orientam a elaboração de um texto Constitucional sendo necessário que eles apresentem-se com um caráter não absoluto, ou seja, flexível (ZAGREBELSKY, 2007, p. 14).

Ou seja, de acordo com a ideia de “ductilidade” a aplicação e a interpretação da Constituição deverão ser, assim, realizadas de forma flexibilizada, com a finalidade de garantir a máxima efetividade de todos os seus princípios e direitos fundamentais, uma vez que a forma jamais poderá ser posta acima do próprio direito (ZAGREBELSKY, 2007, p. 9).

Neste contexto, é importante destacar que: “[...] o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade”, ou seja, algo imutável ou “engessado”, uma vez que “todos os objetos estão sujeitos à interpretação” sendo que isto é especialmente válido “para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados” (BARROSO, 2002, p. 351).

Completando-se a afirmação de Luís Roberto Barroso (2002) é possível dizer que a matéria prima do Direito é constituída também – e, acima de tudo – de pessoas e, por este motivo, precisam ter o seu direito à saúde e os demais direitos fundamentais previstos, também, na prática.

Por este motivo, a lei não pode ser um molde rígido e fechado onde será “encaixada” toda e qualquer situação fática – sob o risco de “amputar” direitos e não efetivá-los – o que acaba por reafirmar a importância da interpretação e da aplicação dos princípios constitucionais tais como: o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da proporcionalidade dentro da esfera da saúde.

Destarte, o direito fundamental à saúde precisa ser analisado permeando os princípios expostos acima como forma de garantir a própria efetivação daquele direito, assim como defendido pelo neoconstitucionalismo.

É importante destacar que:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son

*mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si uma regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio<sup>74</sup> (ALEXY, 2002, p. 86-87)

Seguindo o posicionamento citado acima é possível afirmar que os princípios ordenam que um direito seja realizado em sua totalidade, ou seja, na maior medida possível dentro da realidade jurídica e social existente, uma vez que são mandatos de otimização. Por outro lado, as regras poderiam ser consideradas como “mandatos de determinação”, uma vez que – para serem válidas – precisam ser cumpridas as previsões contidas em seu texto legal.

Desse modo, se as regras positivadas e previstas sobre o direito à saúde não são concretizadas na prática elas sequer são válidas, tendo em vista que não foram realizadas as determinações exigidas formalmente e, neste processo de inoperância legal, os princípios ganham força como forma de garantir a efetivação do direito previsto na lei, mas esquecido na prática.

Nesta linha de argumentação, Eduardo Cambi (2009, p. 90) disciplina que:

As regras se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam. Isto é, proporcionam o critério das ações, dizendo *como* se deve ou não se deve agir, em situações específicas, previstas pelas próprias regras. Em contrapartida, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados, tão somente, diante de situações concretas. Diferentemente das regras, não possuem *suporte fático*, tendo significado operativo apenas frente a determinado caso concreto, vale dizer, não podem ser concebidos em abstrato e seu alcance somente pode ser entendido em razão dos casos concretos. Por isto, possuem uma *autônoma* razão frente à realidade que, ao colocar-se diante dos princípios, adquire qualidades jurídicas próprias, diversamente das regras, cuja aplicação condiciona o enquadramento do caso concreto ao suporte fático normativo nelas previsto.

Assim, os princípios são analisados dentro de cada caso concreto e sua aplicação dependerá sempre de determinada realidade social. Nesta linha de raciocínio é

---

<sup>74</sup> “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de poder ser cumpridos em diferente grau e que a medida debida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas. Em vez disso, as *reglas* são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contém determinações no âmbito do factual e jurídicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio” (Tradução livre).

importante destacar a relevância de se adotar princípios – diante da inoperância das regras – quando o assunto é a saúde pública

Neste diapasão, destaca-se, inicialmente, os parâmetros que permeiam à questão da igualdade. A própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, *caput*, preceitua que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (Grifou-se).

Neste patamar, a questão atinente à saúde não pode ser tratada com nenhuma desigualdade, ou seja, a pessoa hipossuficiente tem que ter o seu direito à saúde garantido, mas, acima de tudo, concretizado, assim como o indivíduo que possui condições financeiras de pagar um atendimento particular.

Dessa forma, é necessário garantir a igualdade e a inclusão social fora do campo da abstração. Seguindo a orientação teórica de Ronald Dworkin (2005), a igualdade seria a virtude indispensável para garantir a soberania democrática, sendo que as pessoas deveriam ser tratadas com o mesmo respeito e consideração.

Isso se verifica até mesmo porque o próprio artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 relaciona o princípio da igualdade com o da inviolabilidade da vida e, dessa forma, qualquer tratamento diferenciado na rede pública – devido ao fato da pessoa não possuir condições financeiras – será tido como uma ofensa à própria vida.

Ressalta-se, ainda, que o artigo 7º, inciso IV, da Lei n.º 8.080/90 prevê que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) obedecem ao princípio da igualdade da assistência a saúde, sem que haja preconceitos ou até mesmo privilégios de qualquer natureza ou espécie.

Por sua vez, as pessoas devem ser consideradas iguais em dignidade e, assim, o artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais. Este objetivo somente será atingido com a efetivação do direito à saúde.

Aliado a isso, o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 trouxe como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a proteção à dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, desse modo, a preocupação relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana como forma de garantir condições mínimas e dignas de saúde e de vida ao

ser humano, uma vez que a dignidade da pessoa humana seria o núcleo intangível dos demais direitos fundamentais e, por sua vez, teria como núcleo o mínimo existencial<sup>75</sup>.

Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 109) “há que compartilhar o ponto de vista de que os direitos fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento”.

Neste mesmo sentido Paulo Bonavides (2000, p. 515) sustenta que “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo”.

Desse modo, verifica-se que há uma tênue relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana sendo que os direitos fundamentais possuem ligação com o próprio direito natural do homem, direitos estes que já nascem com a pessoa e são reconhecidos pelo Estado.

Coroando esta ideia, Paulo Bonavides (2000, p. 515) – ao interpretar Carl Schmitt – sustenta que os direitos fundamentais propriamente ditos são, na sua essência, os direitos do homem livre e isolado, direitos estes que as pessoas possuem em face do Estado.

Assim, torna-se inquestionável que o direito fundamental social à saúde precisa ser observado e cumprido, uma vez que, em caso contrário, estar-se-ia afetando a própria dignidade da pessoa humana e todos os demais direitos fundamentais.

Neste cenário, a dignidade da pessoa humana vista como o núcleo do direito fundamental social à saúde seria considerada como aquilo que existe de irredutível ao homem, sendo este sujeito de respeito e proteção em quaisquer que sejam as circunstâncias (CORDEIRO, 2012, p. 81).

Dessa maneira, o tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde não pode funcionar unicamente dentro da “letra morta” da legislação; ele precisa sair do “papel” e ser operacionalizado e sentido na prática. E, o tratamento de saúde deve ser oferecido para garantir a vida digna e não a mera sobrevivência, assim como já fora discutido anteriormente.

Aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana torna-se imprescindível observar o direito à saúde dentro do princípio da solidariedade, ou seja, é preciso voltar aos valores básicos como o da solidariedade ao próximo.

---

<sup>75</sup> Assim como previsto e defendido no início deste capítulo.

Na visão de Paulo Sérgio Rosso (2008, p. 36) o princípio da solidariedade está relacionado com a contraprestação devida pela existência dos direitos fundamentais, sendo que se as pessoas têm direitos possuem, também, em contrapartida, o dever de prestar solidariedade àqueles que se encontram em uma posição menos favorecida, ou seja, mais frágil que as condições daquelas.

Esta interpretação pode ser estendida, também, ao Estado uma vez que se as pessoas pagam seus impostos, possuem como contraprestação a necessidade de obterem a efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo o direito à saúde; sendo, por sua vez, o princípio da solidariedade o mínimo que se pode esperar do Estado.

José Joaquim Gomes Canotilho (1991, p. 174) ressalta, ainda que, deve haver solidariedade entre os princípios fundamentais, bem como entre as ideias positivadas na Constituição.

Além disso, o direito à saúde precisa ser visto dentro de critérios da proporcionalidade, ou seja, o direito à saúde é o primeiro que deverá ser atendido uma vez que a não observação desta premissa acarretará à violação de todos os demais direitos fundamentais, assim como fora exaustivamente defendido ao se falar da maximização do mínimo existencial<sup>76</sup>.

Segundo Humberto Ávila (2012, p. 180) “[...] um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca [...]”.

Neste diapasão, as vantagens que o atendimento ao direito à saúde promovem a todos os demais direitos fundamentais e, conseqüentemente, a todas as pessoas são infinitamente superiores às possíveis desvantagens relacionadas às alegadas restrições orçamentárias por parte do Estado.

Nesta linha de desenvolvimento e argumentação é possível verificar que o neoconstitucionalismo, aliado ao desapego da forma, com a aplicação de princípios constitucionais e da teoria do mínimo existencial e da sua maximização, como sendo prioridade em matéria de orçamento, possuem como única finalidade a efetivação/concretização dos direitos fundamentais, em especial ao direito fundamental social à saúde por ser “o coração” dos demais direitos fundamentais.

---

<sup>76</sup> Conteúdo trabalhado no tópico: “4.3 Maximização do Mínimo Existencial: Prioridade Orçamentária deste Instituto como Forma de Inclusão Social”.

Neste sentido, Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 120) afirma que só é possível reconhecer a existência de um Estado de Direito Constitucional quando se estabelece o objetivo de proteger os direitos fundamentais.

Desse modo, torna-se, fundamental entender a forma como o Estado vem se relacionando quando o assunto é a concretização do direito à saúde, bem como verificar se vem ou não ocorrendo o verdadeiro acesso à saúde, assim como será analisado no próximo capítulo.

## 5 DO DIREITO DE ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: A SAÍDA DA TEORIA À PRÁTICA<sup>77</sup>

Diante das considerações pontuadas acima resta evidente que a mera previsão, no texto da Constituição Federal de 1988 ou de outras legislações, sobre o direito à saúde de nada adianta se não há esforços para a sua concretização.

Isso significa que, mais do que o direito à saúde, torna-se vital a garantia do acesso à saúde, uma vez que direito sem acesso não resulta em eficácia deste direito. Por este motivo o parágrafo 1º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 consagrou a imediata aplicação das normas que abrigam os direitos fundamentais o que, conseqüentemente, vincula diretamente o Estado, assim como já mencionado anteriormente<sup>78</sup>.

Destarte, o direito à saúde por ser um direito fundamental necessita ser imediatamente aplicado; contudo, nos casos em que isso não ocorre é necessário que a pessoa enferma busque a garantia deste direito e do próprio artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988 por meio de uma ação judicial.

Neste contexto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 11-12) afirmam que: “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” (Grifou-se).

Neste ínterim, é possível observar que a natureza jurídica do direito de acesso à justiça é de ser um direito material<sup>79</sup> uma vez que ele é considerado um direito natural do homem<sup>80</sup> e, dessa maneira, não pode ser enquadrado como um direito processual porque seria inerente à própria condição humana, assim como os demais direitos destacados anteriormente, sendo um garantidor da observação e cumprimento destes direitos e, portanto, um direito material também.

Desse modo, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e

---

<sup>77</sup> Sobre esta temática a autora já desenvolveu o artigo científico “Assistência judiciária: ausência de efetividade ao acesso à justiça” que fora publicado na Revista Panóptica (2007).

<sup>78</sup> Vide tópico: “4.3 Maximização do Mínimo Existencial: Prioridade Orçamentária deste Instituto como Forma de Inclusão Social”.

<sup>79</sup> Diferentemente do que é defendido por Luis Javier Moreno Ortiz (2000, p. 110) que afirma ser o direito de acesso à justiça um direito processual.

<sup>80</sup> Entendimento este de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 9).

igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 12).

E, sem dúvida nenhuma, é a garantia efetiva/prática do direito social à saúde que se pretende alcançar e não simplesmente a mera proclamação de mais direitos, assim como se tem feito ultimamente no direito brasileiro.

Seguindo esta linha de raciocínio é importante destacar o entendimento de Luiz Javier Moreno Ortiz (2000, p. 73):

El acceso a la justicia, considerado como objeto de conocimiento, desde el punto de vista de la teoría jurídica, puede ser (1) un supuesto necesario de las instituciones políticas (Estado), a las que justifica; (2) um derecho fundamental de las personas, que debe ser preservado por ellas mismas y por las instituciones políticas; y (3) um elemento integrante del núcleo esencial de uno o vários derechos fundamentales<sup>81</sup> (Grifou-se).

Observando a citação acima é possível constatar que o acesso à justiça é um ponto de suma importância dentro da atual estrutura de Estado<sup>82</sup> sendo aquele um direito fundamental das pessoas que deve ser preservado por toda população e pelo Estado, uma vez que o acesso à justiça é o núcleo essencial dos demais direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal só serão efetivados diante do acesso efetivo a estes direitos, tendo em vista que prever um direito sem garantir o seu amplo acesso não é prever direitos.

Assim, se o direito de acesso à justiça é considerado como um núcleo essencial dos demais direitos fundamentais é porque ele é, também, um direito material, uma vez que os direitos fundamentais do qual ele é núcleo são direitos materiais.

Verifica-se, dessa forma, que a ideia que se tem de acesso à justiça vai muito além dele ser um direito social fundamental – noção esta que vem sendo cada vez mais reconhecida – sendo ele, sobretudo o ponto central da moderna processualística, uma vez que o seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 13).

---

<sup>81</sup> “O acesso a justiça, considerado como um objeto de conhecimento, desde o ponto de vista da teoria jurídica, pode ser (1) uma suposição necessária das instituições políticas (Estado), as que justifica; (2) um direito fundamental das pessoas que deve ser preservado por elas mesmas e pelas instituições políticas; e (3) um elemento integrante do núcleo essencial de um ou vários direitos fundamentais” (Tradução livre).

<sup>82</sup> Que deixou de ter uma postura passiva para adotar uma atuação positiva/ativa ao chamar para si a proteção dos direitos individuais e sociais.

Portanto, o direito de acesso à justiça é um direito material social fundamental sendo o ponto central do processo atual, uma vez que mencionado direito é um “irradiador” dos demais direitos fundamentais, que precisam – para serem efetivados – do acesso à justiça.

Dessa forma, diante do não cumprimento do direito à saúde que fora consagrado, inclusive, em nível constitucional tornar-se indispensável buscar o seu acesso/concretização perante o Judiciário, por ser o acesso à justiça o próprio núcleo garantidor da eficácia daquele direito.

Neste compasso, após ter-se constatado que o direito de acesso à justiça é um direito social fundamental e que ele é um direito material, torna-se de suma importância analisar a sua evolução histórica para uma melhor compreensão da sua dimensão atual no direito à saúde.

## **5.1 Evolução Histórica do Acesso à Justiça**

A discussão relacionada ao acesso à justiça – embora tenha ganhado destaque nos últimos tempos – não é um fator recente, ela permeia a própria evolução do homem e do Estado sendo imprescindível fazer um levantamento histórico deste período para que se possa compreender o quadro atual que enfrenta o sistema jurídico brasileiro.

Nesta linha de raciocínio é importante destacar que, no período compreendido entre os séculos XVIII e XIX, é marcante a forma de resolução de conflitos civis por meio de procedimentos meramente individualistas empregados pelos Estados liberais burgueses.

O Estado, por sua vez, nada fazia para modificar este quadro, ou seja, permanecia passivo em relação aos problemas que surgiam na vida das pessoas, tais como a aptidão de um indivíduo de reconhecer seus direitos e de defendê-los adequadamente na prática (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 9).

De acordo com Silvana Cristina Bonifácio Souza (2003, p. 48): “aqueles que tivessem condições financeiras de enfrentar o custo de um processo tinham acesso à justiça; os demais não, e a responsabilidade para estes não era do Estado”.

Verifica-se, assim, que não havia nenhuma preocupação por parte do Estado – que mais se aparentava com uma mera figura ilustrativa – se uma pessoa encontrava dificuldades de ingressar em juízo buscando uma tutela diante da violação de um direito seu.

Neste contexto, é possível verificar que havia uma relação muito forte entre justiça e dinheiro sendo certo que a primeira não seria alcançada sem que a pessoa tivesse condições financeiras para suportar os custos da demanda, o que ocasionava em uma verdadeira ausência de acesso à justiça da camada mais hipossuficiente.

Para reforçar a afirmação acima é importante observar, segundo a ideia trabalhada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 9), que as pessoas que tinham condições financeiras de enfrentar os custos do processo conseguiam obter/alcançar a Justiça; diferentemente das demais pessoas que, sem terem possibilidades financeiras de levarem o seu litígio até o Judiciário, – na tentativa de obterem uma resposta àquela pretensão – eram entregues à própria sorte e vistas como as únicas responsáveis pelo seu destino, o que gerava, conseqüentemente, inúmeras injustiças sendo certo que o Estado não se via responsável diante desta situação.

Por este motivo, o acesso à justiça nos Estados burgueses dos séculos XVIII e XIX era assegurado única e exclusivamente de maneira formal e abstrata<sup>83</sup>, estando bem distante da intenção em solucionar verdadeiramente os conflitos de interesses (SOUZA, S., 2003, p. 47).

Dessa maneira, o direito ao acesso à proteção judicial era igual, apenas, ao direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 9), ou seja, não havia ligação entre acesso à justiça e efetividade o que gerava, conseqüentemente, uma igualdade apenas “aparente” e formal que não possuía nenhuma utilidade prática ou efetiva.

Reforçando a ideia de ser o acesso à justiça uma garantia apenas formal e não efetiva, José Roberto de Albuquerque Sampaio (2005, p. 124), sustenta que as liberdades civis e políticas desta época, eram apenas um ideal, ou seja, uma promessa fútil e inalcançável<sup>84</sup>, na verdade um engodo para aqueles que, por motivos econômicos, sociais e culturais, de fato não eram capazes de atingir tais liberdades e tirar proveito delas.

A população hipossuficiente, dessa forma, apenas recebia uma mera impressão de que o Estado estava oferecendo alguma resposta aos seus problemas, ou seja, o Estado “garantia” apenas no papel/na forma o acesso à justiça – que era totalmente abstrato – e transmitia à população que a não efetivação deste direito era decorrente da sua própria culpa por não possuir condições financeiras de “buscar” a sua pretensão em juízo.

---

<sup>83</sup> Assim como ocorre com outros direitos materiais tais como o direito à saúde.

<sup>84</sup> O que se assemelha a mera previsão de leis simbólicas na esfera da saúde, assim como fora amplamente discutido no tópico: “3.4 A Realidade da Saúde Pública no Direito Brasileiro”.

Neste contexto, estas pessoas tinham o acesso à justiça como algo inatingível/inalcancável, uma vez que resolver a questão da “pobreza no sentido legal – incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado” (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 9).

Isso se dava, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 9), devido ao fato de ser o acesso à justiça um direito natural e, portanto, existente/anterior à própria formação do Estado, sendo que, por este motivo não necessitaria de uma ação do Estado para a sua proteção.

Esta passagem marca, portanto, o caráter eminentemente/essencialmente individualista dos direitos existentes naquele período. Contudo, com a queda do individualismo e a ascensão das relações coletivas houve uma mudança gradativa deste cenário, com o reconhecimento dos deveres sociais do Estado e, conseqüentemente, do acesso à justiça.

Comprova-se à afirmação exposta acima ao se observar que:

A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 10) (Grifou-se).

Neste patamar, o Estado que em um primeiro momento tinha uma postura de afastar a resolução dos problemas – com a adoção de um caráter estritamente individualista e de uma postura passiva – começa a chamar para si a proteção dos direitos individuais e sociais tais como: a saúde, a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a educação, a maternidade/infância, a educação, o trabalho, o lazer, a moradia, a assistência ao desamparado, a previdência social e o acesso à justiça.

Assim, de acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 11) a atuação positiva do Estado passa a ser necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos, sendo que a partir do momento em que os indivíduos passaram a ter novos direitos na qualidade de consumidores, locatários, empregados e cidadãos o direito ao acesso efetivo à justiça ganhou particular atenção.

Observa-se, assim, que o acesso à justiça passa a ser visto como de fundamental importância nos dias atuais – sobretudo na área relacionada à saúde pública – e, de responsabilidade do Estado, que deve adotar uma postura ativa, pelo menos em tese,

diferentemente da postura passiva demonstrada anteriormente, entre os séculos XVIII e XIX, que conduzia o acesso à justiça a uma estrutura formal, abstrata e não efetiva.

Como o Estado passou a adotar esta postura ativa tutelando os direitos sociais, ou seja, “chamando para si”, a proteção e resolução destes direitos torna-se imprescindível verificar o conceito e o alcance terminológico do acesso à justiça a seguir<sup>85</sup>.

## 5.2 Do Acesso à Justiça: Conceito e Alcance Terminológico

Da simples análise da expressão acesso à justiça tem-se a impressão de ser esta detentora de um conceito de fácil conceituação e percepção. Contudo, esta hipótese não é verdadeira uma vez que ainda não há um consenso claro sobre o que é o acesso à justiça, problema este decorrente da própria ausência de um conceito sobre Justiça.

Dessa maneira, verifica-se que a problemática envolvendo o conceito sobre o acesso à justiça surge da própria ausência do conceito do que é justiça. Como é possível falar em acesso à justiça se não há um consenso sobre o que é justiça?

Além disso, a impressão que se tem é que esta expressão tenha sido criada para ser sinônima de “acesso ao Judiciário”. Todavia, acesso à justiça é diferente do mero acesso ao Judiciário.

De acordo com Gelson Amaro de Souza (2012a, s.p):

Ao contrário do ingresso junto ao Poder Judiciário, o acesso à justiça é a saída, com o seu direito satisfeito. Ingressar no Judiciário é em até certo ponto fácil, mas o difícil é ter acesso à justiça; isto é, sair do processo com a pretensão satisfeita dentro de um lapso de tempo razoável.

Simplesmente “abrir as portas do Judiciário” à toda população, incluindo as pessoas doentes e as hipossuficientes, não significa promover o acesso à justiça, uma vez que se há a simples entrada de novas ações/pedidos na área da saúde sem que seja conferida uma efetiva tutela deste direito – sair do processo com a pretensão satisfeita – só ocasionará mais injustiça social, por aumentar o número de demandas urgentes e por criar uma esperança/expectativa à parte que levará anos para ser cumprida ou que jamais será efetivada.

---

<sup>85</sup> Dentro deste cenário atual e, para uma melhor compreensão do tema, passa-se a delimitá-lo dentro da estrutura jurídica do Brasil devido à complexidade e abrangência do assunto nos demais países e ao recorte metodológico escolhido/adotado.

Ou seja, o reconhecimento do direito à medicamentos, internações, procedimentos cirúrgicos de alto custo, dentre outros, não pode ser concedido à pessoa enferma quando esta já teve o seu quadro clínico agravado pela demora nesta prestação ou que, na pior das hipóteses, já tenha ido a óbito.

Nesta mesma linha de pensamento destaca-se o entendimento de Vinicius José Corrêa Gonçalves e Vladimir Brega Filho (2010, p. 67) que retratam que:

[...] seria absurdo pensar que o termo “acesso à justiça” pudesse significar simplesmente o acesso ao Poder Judiciário. Retornaríamos ao Estado Liberal caso o Estado, em posição similar a de um espectador, assegurasse tão somente o acesso ao Estado-juiz competente, sem se preocupar com o aspecto qualitativo da prestação da tutela jurisdicional (Grifou-se).

Analisando a citação acima, é possível observar que a atual necessidade de acesso à justiça precisa possuir uma abrangência maior do que o simples acesso ao Judiciário que marcou o Estado Liberal entre os séculos XVIII e XIX assim como exposto anteriormente. Portanto, o Estado Democrático de Direito atual não pode ser um mero espectador do simples acesso ao Judiciário, devendo assumir o compromisso com o acesso efetivo e qualitativo – e não simplesmente quantitativo – da justiça.

Da mesma forma, o acesso à justiça não pode ser resumido ao simples acesso ao processo uma vez que o processo é, apenas, o instrumento que vai conduzir o fato ao juiz para que este possa “dizer o direito”, ou seja, resolver a LIDE e promover à pacificação social.

Assim, o processo “é um mal necessário” nos dizeres de Gelson Amaro de Souza (2011a, p. 18), uma vez que, por ser a jurisdição inerte, o magistrado só irá analisar o pedido de alguém, conferindo ou não a tutela jurisdicional esperada, se for provocado por meio do processo.

Destarte, para o acesso à justiça ocorrer precisa do processo. Contudo, o simples acesso ao processo está muito longe de representar o efetivo acesso à própria Justiça, assim como demonstrado acima, devido às próprias barreiras processuais existentes.

Para confirmar a ideia acima, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2012, p. 42) afirmam que o acesso à justiça não se identifica com a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo uma vez que aquele vai além, ou seja, para que haja efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se de forma adequada (universalidade da jurisdição), garantindo-se a elas a observância das regras do

devido processo legal, para que possam participar intensamente na formação do convencimento do juiz (princípio do contraditório), podendo exigir dele a efetividade de uma participação em diálogo, tudo com vista a uma solução justa e capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação.

Destaca-se, dentro da citação acima, que se o acesso à justiça deve ser conferido a um grande número de pessoas isso significa que todas as pessoas doentes, ou seja, que enfrentam a mesma situação fática possuem, de forma igualitária, o direito de pleitearem o cumprimento do direito à saúde. Dessa maneira, o medicamento tem que ser para todos, o atendimento de qualidade em hospitais também e, assim, sucessivamente.

Por outro lado, é comum relacionar o acesso à justiça ao acesso à ordem jurídica justa<sup>86</sup>, ou seja, a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. No entanto, aliar a ideia de acesso à ordem jurídica justa ao acesso à justiça não parece ser a forma mais coerente/acertada uma vez que de acordo com Gelson Amaro de Souza (2012c)<sup>87</sup>: “o que parece justo para uma pessoa pode ser injusto para outra”.

Dentro deste contexto, verifica-se que há uma impropriedade no termo “acesso à justiça”, uma vez que há uma confusão com o mero “acesso ao Judiciário ou ao processo”, além de não ser possível definir o que é Justiça, sendo este um problema, que demonstra ser de difícil resolução, uma vez que aquilo que é justo para uma pessoa já não o será para outra.

Desse modo, a melhor expressão seria “acesso à tutela jurisdicional”, ou melhor, “acesso à tutela do direito”. Assim, o provimento jurisdicional do juiz será no sentido de dizer se a pessoa tem ou não direito a esta tutela, obtendo o autor uma resposta sobre aquilo que pleiteia.

O acesso à justiça, portanto, não é apenas o acesso ao processo ou aos Tribunais e, sim, o acesso ao direito, ou seja, à tutela do direito, uma vez que nem todas as pessoas que se socorrem do Judiciário obtém a tão esperada Justiça.

Acima do próprio direito à demanda, torna-se salutar que, seja respeitado o direito à justa e efetiva tutela do direito – ainda mais quando o direito em questão seja o direito à saúde –, ou seja, que sejam observados os princípios constitucionais (dignidade humana, solidariedade, igualdade, etc), além do mínimo existencial; que o processo seja célere e analisado à luz da Constituição Federal, para que se alcance o verdadeiro acesso à justiça e se promova à inclusão social e, a igualdade entre as pessoas mais favorecidas

---

<sup>86</sup> Art. 5º [...], inciso XXV da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

<sup>87</sup> Anotações de aula da disciplina “O Processo e a Exclusão Social” ministrada pelo Prof.º Gelson Amaro de Souza, na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), em Jacarezinho/PR no ano de 2012.

economicamente e as desprovidas de condições financeiras, diante da violação do direito material à saúde.

Neste patamar, destaca-se o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 28):

[...] acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela de direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial (Grifou-se).

Portanto, o que se busca com o acesso à justiça é a efetividade da tutela de direitos, ou seja, sair do processo com a pretensão satisfeita dentro de um tempo razoável. Segundo Gelson Amaro de Souza (2012a, s.p.) a satisfação da pretensão dentro de um prazo razoável, sem desperdício de tempo e dinheiro é o que se pode falar em acesso à justiça uma vez que sem isso o que se pode ter é meramente o simples acesso ao Judiciário.

Por conseguinte, muito mais do que a simples “entrada” de demandas no Judiciário é de suma importância garantir a “saída” deste processo do Judiciário com a tutela de direito proclamada uma vez, que se não for observado este quesito, não haverá a efetividade do acesso à justiça.

Todavia, a garantia da efetividade do direito de acesso à justiça – nos dias atuais – ainda não é verificada e sentida na íntegra pelas pessoas que precisam de uma resposta a um direito violado, ou seja, que necessita da concessão da tutela de direito; o que faz com que o cenário atual se assemelhe muito com o vivido entre os séculos XVIII e XIX em que o acesso à justiça era simplesmente formal e abstrato, sendo certo que não havia preocupação com a sua efetividade.

Esta questão ainda está longe de ser inteiramente solucionada, deparando-se a busca pelo cumprimento/concretização do direito à saúde com inúmeros obstáculos, ainda nos dias de hoje, mesmo com toda a evolução histórica que fora apresentada acima.

Assim, após ter se analisado o conceito e o alcance terminológico do que é acesso à justiça, torna-se salutar estudar os obstáculos que impedem a sua concretização/efetivação – na esfera da saúde pública – como forma de superá-los para garantir a inclusão de todas as pessoas, assim como será demonstrado na sequência.

### 5.3 Obstáculos à Efetividade do Acesso à Justiça

É notório que o pleno acesso à justiça, com a efetiva tutela de direitos, ainda não foi alcançado e depara-se com alguns obstáculos que precisam ser transpostos uma vez que estes se caracterizam como barreiras que impedem a efetividade do acesso à justiça e conduzem, conseqüentemente, à exclusão social da população<sup>88</sup>. Desse modo, observa-se que, a verdadeira igualdade entre as partes, somente será alcançada com a superação destes impedimentos.

Dentro desta análise, destacar-se-á os principais obstáculos<sup>89</sup> que ainda precisam ser superados estando estes relacionados com: às custas judiciais; às possibilidades das partes; à aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou defesa e o tempo (morosidade processual).

Para uma melhor compreensão, destes obstáculos, passa-se a analisar detidamente cada um deles, destacando a sua abrangência; as modificações que já foram realizadas/implantadas (verificando se as tentativas de transposição destas barreiras foram ou não efetivas) e apresentando novas propostas para solucionar a ausência, ainda marcante, da falta de efetividade do acesso à justiça dentro da seara do direito à saúde.

#### 5.3.1 Custas judiciais

A onerosidade do processo judicial sempre foi um elemento que dificultou e, ainda dificulta, a própria efetividade do acesso à justiça, uma vez que as partes precisam arcar com as despesas processuais, dentre elas as custas e os honorários advocatícios, além da sucumbência no caso do vencido.

Isso faz com a parte hipossuficiente e que enfrenta algum tipo de doença acabe por se conformar com a sua situação sem se “socorrer” do processo uma vez que, na maioria das vezes, os gastos com o processo acabam sendo superiores à própria pretensão da pessoa, ou seja, ao bem da vida que se pretende proteger.

---

<sup>88</sup>Sobretudo a mais hipossuficiente e que se encontra debilitada por alguma doença.

<sup>89</sup>Em termos de delimitação do assunto, o presente tópico abordará apenas os obstáculos considerados como principais sem, contudo, afirmar que os obstáculos do acesso à justiça – na área da saúde – limitam-se aos que estão sendo apresentados.

Ou, às vezes, o que ela vai gastar com o processo é o dinheiro que ela precisa utilizar para a compra de algum medicamento ou tratamento de saúde, ou até mesmo para uma consulta médica ou procedimento cirúrgico inadiável. Assim, a pessoa enferma tem receio de propor uma ação, ter que deixar, conseqüentemente, de comprar o medicamento ou fazer determinado exame ou cirurgia que precisa e, acabar tendo a sua situação agravada pela demora na análise de seu pedido e possível julgamento improcedente.

Como tentativa de resolução deste obstáculo foi criada a Assistência Judiciária Gratuita, denominada por Mauro Cappelletti e Briant Garth (2000, p.31) como movimento de primeira onda, como forma de transpor os fatores financeiros da população carente e levar a ela, conseqüentemente, o acesso à justiça.

A Assistência Judiciária trouxe, dessa maneira, a oportunidade para que as pessoas hipossuficientes pudessem levar a sua pretensão para a análise do juiz e tivessem a possibilidade de receber a tutela de direito almejada, diferentemente do que ocorria entre os séculos XVIII e XIX onde a justiça só era alcançada por quem detinha condições financeiras de suportar os seus custos.

No entanto, embora a Assistência Judiciária tenha proporcionado à oportunidade para as pessoas carentes ingressassem em juízo ela ainda é deficitária e não efetiva, estando muito distante de proporcionar o verdadeiro acesso à justiça e, conseqüentemente, à satisfação da tutela de direito, uma vez que aparenta ser mais um acesso ao Judiciário do que à justiça.

Para que seja possível compreender a afirmação acima é necessário analisar o artigo 100, incisos I e II do Código de Processo Civil. O inciso I de citado artigo fala que o foro competente para propor ação de separação, conversão em divórcio e anulação de casamento é o da mulher e que o foro competente para ação de alimentos é o do alimentando, conforme o inciso II do artigo 100 do Código de Processo Civil.

Todavia, o problema que surge é como será possível garantir o efetivo acesso à justiça quando o réu é citado para se defender em uma ação que tramita no foro privilegiado da mulher ou do alimentando e este é em outro Estado?

O artigo 3º da Lei n.º 1.060 de 5 de fevereiro de 1950 estabelece que a assistência judiciária compreende as isenções: de taxas judiciárias e dos selos; dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; das indenizações devidas às testemunhas; dos honorários de advogado e peritos; das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for

requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade; dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Contudo, mencionado artigo em nada se refere sobre outros gastos que o réu terá para se locomover de um Estado a outro para apresentar a sua defesa tais como (alimentação, passagem de ônibus, hospedagem, dentre outros) o que comprova que a Assistência Judiciária Gratuita não garante a plena efetividade do acesso à justiça estando longe de promover o verdadeiro alcance da Justiça. Por outro lado, esta situação será piorada caso o réu enfermo tenha o seu quadro de saúde agravado na cidade onde tramita o processo e precise permanecer ali até se restabelecer para realizar exames e tratamentos. Quem arcará com estas despesas?

Ressalta-se, ainda, o caso do funcionário de uma empresa que é diagnosticado com neoplasia maligna e pretende sacar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), assim como prevê o artigo 20, inciso XI, da Lei n.º 8.036/90, para custear o seu tratamento de saúde. No entanto, ao tentar retirar este valor verifica que nunca houve nenhum depósito por parte do empregador. Neste caso, a Defensoria Pública não nomeia advogados em questões trabalhistas, sendo que o quadro se agrava quando, na cidade onde o autor reside não há Justiça do Trabalho, e este terá que se deslocar até a cidade mais próxima (e ter gastos com transporte, alimentação, dentre outros), onde há a Justiça do Trabalho, para propor a ação e comparecer nas audiências designadas, sendo que o Estado não arcará com estas despesas.

Verifica-se, dessa forma, que o rol do artigo 3º da Lei n.º 1.060/50 é um rol taxativo uma vez que o Estado não contribui com despesas com o assistido fora destes casos restritos, mesmo que isso acabe por dificultar o próprio acesso à Justiça.

Neste contexto, para que a Assistência Judiciária garantisse o efetivo acesso à justiça e, conseqüentemente, gerasse à inclusão social, seria necessária a própria ampliação do rol do artigo 3º da Lei n.º 1.060/50 para certos casos específicos, assim como o exposto acima.

Por outro lado, a Assistência Judiciária que também foi criada como forma de transpor os obstáculos que envolvem as possibilidades das partes não vem conseguindo cumprir com mais este objetivo assim como será observado no tópico abaixo.

### 5.3.2 Possibilidade das partes

Uma das intenções da Assistência Judiciária era também a de aumentar a possibilidade da parte hipossuficiente de conseguir “conduzir a sua ação” dentro do mecanismo judicial, uma vez que há litigantes que possuem mais vantagens financeiras do que outros. Contudo, ainda há uma diferença grande no desenvolvimento/caminhar da ação entre as pessoas que possuem maiores recursos financeiros e as que não possuem.

Nos dizeres de Silvana Cristina Bonifácio Souza (2003, p. 49): “[...] aquela parte que possui abastados recursos financeiros, tem em seu, favor, a facilidade de propor demandas, arcar com provas mais caras e eficientes e com uma defesa também mais eficaz, o que acaba influenciando enormemente no sucesso na demanda”.

Assim, as pessoas mais favorecidas economicamente buscarão os mais especializados advogados sobre aquele assunto enquanto a pessoa hipossuficiente será representada por um advogado nomeado pelo Estado que, em muitos casos, não terá a dedicação e o compromisso que teria se fosse um caso particular.

Destaca-se, ainda, o fato de que a pessoa hipossuficiente não tem a possibilidade de escolher o advogado que gostaria sendo-lhe nomeado o advogado que estiver inscrito no convênio entre o Estado<sup>90</sup> e a Ordem dos Advogados do Brasil, além de que a nomeação segue uma ordem alfabética dos nomes dos advogados previamente cadastrados, sendo que a pessoa terá que aceitar o advogado que lhe foi nomeado, se quiser levar a sua pretensão em juízo.

Constata-se, novamente, que a Assistência Judiciária não foi suficiente para promover o verdadeiro e efetivo acesso à justiça, sendo plenamente verificável que ainda há uma diferença gritante entre as possibilidades das partes. Desse modo, as lacunas existentes impedem a inclusão da população hipossuficiente ao direito pleno de acesso à justiça, uma vez que a Assistência Judiciária acabou por garantir mais o acesso ao Judiciário do que o acesso à Justiça, ou seja, proporcionou o aumento quantitativo de demandas sem se preocupar com a questão qualitativa de resolução do conflito.

O cenário atual é preocupante, uma vez que há muitos advogados despreparados e que se encontram desestimulados e sem o verdadeiro compromisso em atender de forma eficaz o assistido – que, na maioria das vezes, precisa urgentemente de uma

---

<sup>90</sup> Nos Estados em que há a Defensoria Pública este convênio é firmado entre Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil.

resposta rápida do Judiciário para garantir a própria vida – o que agrava e acentua a diferença entre as partes em um processo.

Uma proposta para melhorar o atendimento dos advogados conveniados seria diminuir à demora do pagamento de sua remuneração pelo Estado – uma vez que acabam recebendo só ao final da ação<sup>91</sup>, com uma demora de 02 a 03 meses – e que o valor pago fosse o mesmo previsto na tabela de honorários fixada pela da Ordem dos Advogados do Brasil.

Soma-se, ainda, o fato de que os advogados deveriam ser remunerados não só quando propusessem a ação, mas também quando conseguissem resolver o litígio do assistido por meios alternativos e extrajudiciais de resoluções dos conflitos, uma vez que, na maioria das vezes, uma questão simples que poderia ser resolvida sem a necessidade de se propor uma ação acaba chegando até o Judiciário – “lotando” a máquina estatal e impedindo que causas realmente urgentes que precisavam da análise do juiz, fossem analisadas dentro do tempo esperado, demorando anos para serem solucionadas – uma vez que o advogado só será remunerado se houver a sua atuação no processo judicial, o que acaba por dificultar, dessa maneira, o acesso à justiça para a pessoa que realmente precisa (e está aguardando a análise do seu caso) da atuação do juiz como nas ações de saúde e para a pessoa que poderia ter a resolução do seu conflito feita de outra forma que não necessariamente a judicial.

Além dos apontamentos acima, verifica-se que ainda há uma ausência de aptidão da parte hipossuficiente para reconhecer um direito e propor uma ação ou defesa, assim como será analisado na sequência.

### **5.3.3 Aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou defesa**

Ainda nos dias atuais existe uma dificuldade das pessoas reconhecerem um direito para proporem uma determinada ação ou para apresentarem a sua defesa estando esta não aptidão relacionada ao próprio nível cultural/educacional que permeia a própria população.

Neste ponto, “fica bastante claro o fato de que muitas pessoas não conhecem seus direitos, ou melhor, quanto maior o nível cultural, maior a aptidão para reconhecer uma violação a seu direito e buscar uma prestação jurisdicional” (SOUZA, S., 2003, p. 49).

---

<sup>91</sup> Após ter sido proferida à sentença.

Dessa maneira, de acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 22 e 23) é possível verificar que em um primeiro momento está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível, sendo que esta barreira apresenta-se mais séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres, estando este problema relacionado a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos.

Assim, a maioria da população não possui conhecimentos jurídicos mínimos sobre os seus direitos mais básicos e imprescindíveis. Ao não conhecerem este direito não percebem/identificam quando estes foram violados e precisam de uma determinada proteção, ou seja, não sabem nem sequer que possuem o direito a ter direitos, segundo Hannah Arendt (2000).

Neste diapasão, a população acaba se conformando com o atendimento deficitário do Sistema Único de Saúde e, por desconhecer a consagração do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.080/90, acabam não indo buscar a efetivação da legislação perante o Judiciário e, passam a acreditar, que àquilo que recebem é, apenas, o que lhes pertencem/restam da “fatia do bolo”. Ou seja, acreditam que por ser o atendimento à saúde gratuito não podem exigir mais nada do que o pouco que recebem e acabam se conformando com mais uma negação de direitos que a vida lhes impõe.

Exemplo que caracteriza esta afirmação é que a maioria dos pacientes que possuem neoplasia maligna não sabem que podem: sacar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e o PIS/PASEP; tirar licença médica e receber auxílio-doença, que devem ser solicitados perante o INSS; obter isenção do Imposto de Renda; requerer a prioridade na tramitação do processo; utilizar transporte público gratuito; ter a extensão parcial deste último benefício ao seu acompanhante caso não consiga se locomover sozinho e até mesmo, no caso da cidade de São Paulo, usar o automóvel mesmo em dia de rodízio do carro, dentre outros direitos (CARTILHA, s.d., s.p.).

Além disso, a Lei n.º 12.732, de 22 (vinte e dois) de novembro de 2012, trouxe que o paciente que tiver o diagnóstico de neoplasia maligna deverá iniciar o tratamento obrigatoriamente dentro de no máximo 60 (sessenta) dias a contar da data do diagnóstico ou em prazo menor conforme à necessidade terapêutica. Contudo, nem todos os pacientes possuem o conhecimento desta Lei para exigí-la e o Estado, por sua vez, acaba por não fiscalizar o real cumprimento desta medida o que faz com haja uma demora no tratamento desta pessoa em alguns casos.

Observa-se, desse modo, que os obstáculos ao acesso à justiça não estão intrinsecamente ligados apenas a fatores econômicos<sup>92</sup>, mas, também, às questões sociais e culturais/educacionais.

A superação desta barreira cultural/educacional exige reformas estruturais que passem a garantir a efetividade do provimento jurisdicional a todo e qualquer consumidor da justiça.

Neste contexto, torna-se imprescindível à implementação de noções básicas de direito no ensino primário, médio e fundamental, uma vez que o estudo do direito não pode ser restringido apenas à pessoa que se propõe a cursar uma faculdade de direito.

Uma tentativa que vem sendo adotada é o projeto “OAB vai à escola”. Todavia, embora mencionado projeto tenha a sua importância/relevância ainda se percebe à necessidade de aulas regulares, que sejam parte integrante da grade curricular como formação dos estudantes e não, apenas, palestras eventuais assim como ocorre no projeto exposto acima.

Além disso, é importante que ocorra a ampla divulgação de propagandas em todos os meios de comunicação (tais como rádio, televisão, jornal, revistas, panfletos, dentre outros) para que as pessoas tomem conhecimento de seus direitos – sobretudo dos direitos relacionados à saúde, a vida e ao acesso a estes direitos – por meio da ampla e efetiva informação em todos os locais públicos tais como: hospitais, bancos, dentre outros.

Por fim, como forma de compreensão dos obstáculos levantados inicialmente passa-se a última análise que é a barreira do tempo, ou seja, da morosidade processual que impede o acesso à justiça.

### **5.3.4 Tempo: morosidade processual**

Por sua vez, o tempo que levam determinadas demandas para serem encerradas acaba ocasionando uma verdadeira injustiça à parte doente e hipossuficiente que se socorre do processo na tentativa de receber a tutela de direito almejada, uma vez que os efeitos nefastos deste atraso acabam sendo de difícil reparação e promovem a exclusão social.

---

<sup>92</sup> Assim como a problemática envolvendo às custas judiciais que fora levantada no tópico “5.3.3 Custas Judiciais” do presente trabalho.

Cita-se, como exemplo, o caso de uma pessoa doente que entra com uma ação para receber um determinado medicamento ou conseguir realizar uma cirurgia de alto custo ou ser removida de um determinado hospital de avião para outro e há atraso no reconhecimento deste direito e a pessoa vem a piorar ou a falecer.

Assim, muito mais do que a própria “entrada” de um processo no Judiciário torna-se de vital importância à “saída” deste processo do Judiciário, com a devida tutela de direito, ou seja, é necessário acima de tudo garantir também o descesso<sup>93</sup> à justiça.

Neste cenário, de acordo com J. E. Carreira Alvim (2003, p. 3):

O problema é de "saída", pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas "portas de emergência", representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida. Este é o grande problema e o grande obstáculo que enfrentamos, cabendo à doutrina, através de concepções voltadas para a realidade brasileira, sem copiar modelos estrangeiros, contribuir para a formação de uma onda de "descesso" (saída) da Justiça, para que o sistema judiciário se torne mais racional na entrada, mas, também, mais racional e humano na saída (Grifou-se).

Dessa maneira, o fator tempo acaba dificultando o tramitar do processo<sup>94</sup>, uma vez que quanto maior o tempo que leva um processo para chegar ao seu fim – com a devida tutela do direito – aumenta-se, conseqüentemente, os valores das despesas que envolvem este processo e força as pessoas hipossuficientes a desistirem da ação, por falta de condições financeiras (tais como: pagamento do advogado, aumento das custas, dentre outros) para continuarem a defender um direito seu, ou a aceitarem/firmarem um acordo irrisório muito abaixo daquilo que receberiam com a sentença prestada em tempo oportuno, por necessitarem de maneira urgente da quantia que está sendo pleiteada em juízo.

A pessoa doente, por sua vez, não pode esperar e, às vezes, devido ao desgaste com a propositura/andamento do processo e, atraso na prestação jurisdicional, acaba desistindo de dar continuidade ao processo.

Observa-se, assim, que de acordo Ruy Pereira Barbosa (1998, p. 33) “o atraso na prestação jurisdicional, o que equivale a dizer, a Justiça tardia, prejudica especialmente os pobres, para os quais a longa espera traz prejuízos irreparáveis”. Ao lado desta afirmação é possível concluir, ainda, que a justiça tardia prejudica, também, a pessoa doente com projeções irremediáveis e mais graves.

<sup>93</sup> Expressão utilizada por J. E. Carreira Alvim (2003).

<sup>94</sup> Especialmente para as pessoas doentes e que possuem menores condições financeiras.

A questão relacionada ao tempo é tão séria e preocupante que apresenta discussões de âmbito mundial tendo em vista que a própria Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais “reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível” (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 20-21).

Todavia, algumas medidas e propostas na tentativa de amenizar os efeitos do tempo vêm surgindo com o decorrer dos anos. Em relação ao direito à saúde, a tutela antecipada prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, vem auxiliando na antecipação dos efeitos da tutela pretendida em caso de verossimilhança da alegação, prova inequívoca e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No entanto, há situações em que o magistrado reconhece a liminar deferindo o provimento solicitado, mas há o atraso do fornecimento do medicamento ou da realização da cirurgia, por exemplo, uma vez que o Estado alega que não há recursos para garantir imediatamente o que fora determinado e, o advogado, ao pedir ao juiz à aplicação de multa pelo descumprimento de ordem judicial, tem esta previsão negada sob a fundamentação do magistrado de que “são várias pessoas na mesma situação e que, momentaneamente, a família do doente terá que arcar com as despesas até o Estado conseguir cumprir com o previsto<sup>95</sup>”; invalidando, nitidamente, a liminar conferida e trazendo à sensação de que a pessoa doente não tem o que fazer e nem a quem recorrer, uma vez que nem o provimento judicial acaba sendo efetivado na prática.

Outra medida para afastar os efeitos nefastos do processo e, garantir a inclusão social, foi a publicação da Emenda Constitucional n.º 45/04 conhecida como Lei de Reforma do Judiciário passando a assegurar dentro do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, por meio da inclusão do inciso LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e o meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Contudo, embora a inclusão de mencionado inciso demonstre a preocupação do legislador com a relativa duração do processo ele acaba trazendo um conceito muito vago, uma vez que não define, de forma clara, o que seria considerado como uma “razoável duração do processo”.

---

<sup>95</sup> Embora o orçamento nunca possa ser sobreposto ao direito fundamental social à saúde, assim como previsto no tópico: “4.3 Maximização do Mínimo Existencial: Prioridade Orçamentária deste Instituto como Forma de Inclusão Social”.

Soma-se a isso o fato de que a Emenda Constitucional n.º 45 data do ano de 2004 sendo que, até o presente momento, não foi possível detectar nenhuma melhora significativa no desenvolvimento do processo em relação ao quesito tempo, ou seja, não houve a efetividade do termo “razoável duração do processo”.

Uma outra proposta – segundo Keila Rodrigues Batista (2010, p. 74) – é a do Pacto de Estado por uma Justiça mais Rápida e Republicana<sup>96</sup> que é um movimento que visa conscientizar o Estado e o Poder Judiciário para que seja alcançado um acesso à Justiça mais célere, uma vez que consiste na mudança de leis penais, trabalhistas e cíveis, sendo que uma das intenções é justamente aliviar os Tribunais de recursos protelatórios, desafogando-os para os recursos realmente necessários e garantindo a inclusão de quem realmente necessita, com a consequente celeridade à segurança jurídica dos cidadãos.

Neste cenário é importante destacar, também, a proposta apresentada por Vinicius José Corrêa Gonçalves (2011, p. 201) que coloca como necessidade de se implementar, na estrutura judiciária brasileira, os Tribunais Multiportas, como um instrumento importante para a efetivação social do direito fundamental à razoável duração do processo, uma vez que “são instituições que redirecionam os casos conflituosos para o método de resolução mais apropriado, ao invés de tomar o processo judicial como o meio mais adequado para todas as controvérsias”.

Seguindo esta linha de pensamento Vinicius José Corrêa Gonçalves (2011, p. 201) interpretando a obra de Mariana Hernández Crespo afirma que o Tribunal Multiportas permite que as partes cheguem a uma solução mais barata e rápida, o que seria uma alternativa mais eficaz de aliviar o Judiciário que será desonerado dos litígios que serão melhores ajustados aos métodos alternativos de resolução de conflitos ficando para o Judiciário apenas os casos que realmente exijam a intervenção Estatal – como os relacionados ao direito à saúde – ampliando, dessa forma, a própria pacificação social por meio de um acesso qualitativo à justiça.

Verifica-se, assim, que embora existam propostas importantes como forma de amenizar os efeitos negativos da morosidade processual para as pessoas – sobretudo as hipossuficientes e doentes – que aguardam por uma tutela urgente de direito, o verdadeiro acesso qualitativo à justiça ainda está longe de ser alcançado.

---

<sup>96</sup> Movimento que ganhou força após a introdução da Emenda Constitucional n.º 45/04.

Neste sentido destaca-se que:

Não se sabe, contudo, se realmente há interesse estatal na efetivação do direito fundamental à razoável duração dos processos e de seus meios complementares, uma vez que o próprio Estado extrai grandes vantagens econômicas das deficiências enfrentadas pelo Poder Judiciário. É o caso, por exemplo, do Instituto Nacional de Seguridade Social (I.N.S.S.) e, de uma forma geral, do Poder Executivo (em todas as esferas) (GONÇALVES, 2011, p. 206) (Grifou-se).

Fica claro, dessa forma, que há uma ausência de interesse por parte do próprio Estado em afastar a morosidade processual sendo que isso acaba por ocasionar um grande descrédito das pessoas sobre o que esperar do Judiciário e da própria Justiça.

Devido a este fato, percebe-se que há uma falta de disposição psicológica das pessoas de recorrerem ao Judiciário, já que muitas acabam abandonando essa ideia por estarem doentes e acreditarem que: há muito procedimento formal e complicado; por desconfiarem dos advogados; pelos ambientes que intimidam; pelas figuras tidas como opressoras (tais como: Fóruns, Tribunais, juízes e advogados), fatos estes que desencorajam a população de procurar os seus direitos (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 23).

Somado a todos os obstáculos levantados acima torna-se necessário analisar, também, a questão do acesso à justiça e a sua relação com o processo para verificar se este vem garantindo de forma efetiva o mencionando acesso à tutela de direito almejada.

#### **5.4 Processo: Efetividade do Acesso à Justiça?**

Assim como apontado anteriormente, o acesso ao processo não pode ser visto como sinônimo de acesso à justiça, sendo certo que, o uso inadequado da ferramenta processo, tais como: equivocada interpretação das leis; o excesso de formalismo/burocracia do processo e o problema da confusão terminológica dentro do processo geram o inaccessibilidade à justiça e, conseqüentemente, a exclusão social por afastar as pessoas da tutela de direito almejada.

Como forma de compreender o que fora afirmado acima, torna-se necessário estudar as três vertentes apontadas que impedem, também, a efetividade do acesso à justiça.

### 5.4.1 Da equivocada interpretação das leis

A visão tradicional e dogmática do direito conduz as pessoas, sobretudo os operadores do direito, a repetirem aquilo que lhes foi ensinado sem questionar se aquela interpretação está certa, ou seja, as pessoas simplesmente reproduzem um determinado entendimento sem pararem para pensar/refletir sobre aquilo que fora transmitido.

É exatamente assim que se encontra a realidade jurídica brasileira. Exemplo disso é a equivocada interpretação de que tudo é nulidade quando se fala em ausência de pressuposto processual. Além dessa afirmação não ser verdadeira se ela for aplicada por um jurista, que ainda possua uma visão dogmática, tradicional e formalista do direito, afetará o próprio acesso à justiça acarretando à exclusão social.

Desse modo, não se pode criar uma regra geral “engessando” o raciocínio, ou seja, não se pode afirmar de forma geral que sempre haverá nulidade quando ausente um pressuposto processual, uma vez que este entendimento não é extraído do Código de Processo Civil e sim da inadequada interpretação dos dispositivos legais por meio dos operadores do direito.

Além disso, o que o Código de Processo Civil consagra, na verdade, é que o princípio maior da nulidade é que se não houver prejuízo à parte não haverá que se falar em nulidade. Esta ideia vem consagrada no próprio artigo 249 do Código de Processo Civil que estabelece que: “o juiz ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos [...]”; o que quer dizer que, nem todos os atos são nulos, uma vez que o juiz vai declarar quais atos serão atingidos.

Dessa forma, se todos os atos fossem atingidos o magistrado não precisaria declarar, uma vez que a nulidade sempre iria ocorrer e, estaria disposto no próprio Código de Processo Civil, que toda ausência de pressuposto implicaria sempre em nulidade, mas não é assim que se encontra no mencionado dispositivo legal.

Para confirmar o entendimento acima o próprio artigo 244 do Código de Processo Civil dispõe que: “[...] o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Verifica-se, assim, que se teve a ausência de um pressuposto e não teve prejuízo à parte não terá nulidade o que afasta a visão equivocada de que toda a ausência de pressuposto processual geraria a nulidade.

Neste contexto, se o advogado comparece na audiência acompanhando a parte, mas não tem procuração juntada aos autos, esta ausência de procuração não pode ser

interpretada como uma geradora de nulidade, uma vez que não trouxe prejuízo à parte, posto que ficou claro que a parte queria aquele advogado tanto é que compareceu com ele na audiência.

Assim, neste exemplo, não precisaria de procuração porque, o simples comparecimento da parte com aquele advogado, deixou claro que este procurador tinha poderes para representar aquela parte não existindo, portanto, prejuízo a ela a ponto de ocasionar à nulidade do ato. Neste caso, se juiz declarasse a nulidade (formalidade) estaria impedimento o próprio acesso à justiça (direito material) e inviabilizando que o processo fosse concluído dentro de um tempo razoável, com a devida prestação da tutela de direito.

A situação seria ainda mais agravada se a ação tivesse como direito material o direito à saúde e, devido a uma mera burocracia da forma, o magistrado declarasse a nulidade e amputasse a concessão do direito ao autor.

Neste aspecto, a forma jamais pode ser colocada acima de qualquer direito, ainda mais quando este direito é o direito à saúde que garantirá, conseqüentemente, o próprio direito à vida<sup>97</sup>.

Esta é mesma ideia que deve ser adotada quando se fala em excesso de formalidade/burocracia do processo, sendo necessário afastar esta visão estritamente formalista e ultrapassada, assim como será analisado no tópico abaixo.

#### **5.4.2 Excesso de formalismo/burocracia do processo**

O excesso de formalismo/burocracia do processo é um grande impedimento ao efetivo acesso à justiça, uma vez que o processo deve ser um instrumento para garantir o direito à realização/concretização do direito material e não um limitador a este direito.

Assim, para que seja possível entender a questão do formalismo e da burocracia que permeiam o processo e afastam a justiça é salutar que seja observada a questão atinente à competência e a citação.

Em primeiro lugar, observar-se-à a questão da competência. Cita-se, como exemplo, o juiz do trabalho que diante da urgência de um determinado caso e, vendo-se sozinho em uma Comarca, fica na dúvida se pode ou não deferir a concessão de um

---

<sup>97</sup> Entendimento este defendido por Gelson Amaro de Souza (2004).

determinado medicamento de alto custo (como, por exemplo, a enoxaparina sódica) para uma mulher grávida com trombofilia, onde ela e o feto correm risco de vida. A pergunta que surge é: se o juiz do trabalho deferir o tratamento gratuito à gestante ele será válido? Em outras palavras, o julgamento de juiz absolutamente incompetente é válido?

Para responder a pergunta acima é importante observar as palavras de Gelson Amaro de Souza (2012c)<sup>98</sup> que sustenta que o que vale – em casos como o narrado acima – é a investidura no cargo de juiz sendo a discussão da competência algo de pouca relevância. Portanto, é válido o julgamento proferido por juiz absolutamente incompetente<sup>99</sup>.

Nesta linha de raciocínio, entre uma questão de forma e, a urgência de um provimento jurisdicional, o magistrado precisa se posicionar e, não adotar uma posição cômoda – de que é incompetente para aquele assunto – enquanto perece o direito de uma pessoa, uma vez que prejudicará o direito do acesso pleno e efetivo de justiça da parte.

Por outro lado, a competência não é matéria processual e, por este motivo, não pode ser pressuposto processual nem de existência e nem de validade e impedir o acesso à justiça. A competência, também, não é pressuposto material e, sim pressuposto procedimental, uma vez que o Estado pode legislar, de acordo com o artigo 125, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988. Se fosse matéria de processo só a União poderia legislar, conforme prevê o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, Gelson Amaro de Souza (2005, p. 59) estabelece que:

As normas dos arts. 91 e 93 do CPC, atribuindo a distribuição da competência pelas normas de organização judiciária, parece estar indicando que a competência tem natureza procedimental e não processual. Fosse a competência de natureza processual, não poderia ser regida por norma estadual, visto que, para as normas processuais, a competência é exclusiva da União (Grifou-se).

Ressalta-se, desse modo, que a competência também não pode ser considerada como um pressuposto processual nem de existência e nem de validade, uma vez que o processo existirá e terá validade mesmo tendo sido analisado por um juiz “incompetente”.

Além disso, o artigo 113, parágrafo 2º do Código de Processo Civil disciplina que “declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos [...]”, ou

<sup>98</sup>Anotações de aula da disciplina “O Processo e a Exclusão Social” ministrada pelo Prof.º Gelson Amaro de Souza, na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), em Jacarezinho/PR no ano de 2012.

<sup>99</sup>Comprovando que o julgamento realizado por juiz absolutamente incompetente é válido houve na 2ª Vara do Trabalho da Comarca de Dourados/MS (Processo n.º 0000555-40.2012.5.24.0022) decisão envolvendo conciliação em uma questão de família (IBDFAM, s.d., s.p.).

seja, mencionado dispositivo não fala que todos os atos serão nulos e sim que somente os atos que trouxeram prejuízos e, não necessariamente todos os atos decisórios. Portanto, se o juiz declara que todos os atos são nulos acabará por prejudicar também a efetividade do acesso à justiça.

Seguindo a ideia de Gelson Amaro de Souza (2012b, s.p.) afirma-se que:

Não é de agora que se fala em nulidade de todos os atos decisórios do juízo absolutamente incompetente. *Todavia, não se encontra indicação nesse sentido em texto legal algum. O Código de Processo Civil, que faz referência à incompetência absoluta em várias passagens, em nenhuma delas, apresenta qualquer indicativo de que todos os atos decisórios do juízo incompetente serão nulos* (Grifou-se).

Já com relação à citação é possível observar que ela também não é pressuposto processual e sim incremento processual<sup>100</sup>, uma vez que o processo existe mesmo sem a citação. Exemplo disso é o próprio artigo 285-A do Código de Processo Civil que dispõe que poderá ser proferida sentença sem a citação do réu quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Dessa maneira, verifica-se que o processo existiu e foi extinto sem ter ocorrido à citação sendo que o mesmo se verifica em relação à prescrição e à decadência.

Defensor desta ideia é Gelson Amaro de Souza (2003, p. 74) que estabelece que:

Para se falar em existência e validade do processo não se há de cogitar da existência e da validade da citação. A citação, em verdade, somente é necessária para a vinculação do réu à relação jurídica processual com efeito prejudicial. Todavia, não se produzindo efeito prejudicial ao réu, a relação processual é existente, válida e eficaz. Caso ocorra prejuízo ao réu, retira-se apenas a eficácia, nada alterando em relação à existência e à validade (Grifou-se)

No entanto, caso o magistrado entenda que a citação é pressuposto processual, a sua ausência implicará na extinção do processo e atacará, conseqüentemente, o acesso à justiça, gerando a exclusão social por impedir que fosse proferida à tutela de direito almejada.

Neste cenário, é possível verificar que é imprescindível que se afaste o excesso de formalidade e a própria burocracia que envolvem o processo uma vez que o que interessa é a tutela de direito sendo que esta nunca pode ser colocada em segundo plano em benefício do culto exacerbado à forma.

---

<sup>100</sup> Incremento porque a relação jurídica processual, entre o autor e o juiz, nasce linearmente/bilateralmente com a propositura da petição inicial sendo que a citação do réu vem apenas incrementar a relação previamente existente tornando-a triangular/trilateral, ou seja, autor, juiz e réu.

O processo deve ser um incentivador do acesso à justiça e nunca o seu impedimento. Assim, torna-se salutar que se afaste também o problema decorrente da confusão do uso terminológico de alguns conceitos dentro do processo como forma de garantir o verdadeiro e amplo acesso à justiça, assim como será visto a seguir.

#### **5.4.3 Confusão de terminologias dentro do processo**

Outro ponto que merece ser trabalhado é a questão que surge do uso equivocado de alguns conceitos que acabam por distorcer aquilo que o legislador pretendia e criar injustiças que nunca serão reparadas.

Neste ínterim, cita-se, como exemplo, a expressão corriqueira proferida pelos magistrados “julgo improcedente a ação por falta de prova”. Da sua simples análise é possível verificar que ela não está tecnicamente correta, uma vez que quando falta a prova, não se pode julgar o mérito e, conseqüentemente, não há que se falar em improcedência do pedido.

Quem defende esta ideia é Gelson Amaro de Souza (2011a, p. 15) que coloca que a interpretação equivocada, dando ao julgamento de improcedência do pedido por falta de prova a natureza de julgamento de mérito, tem produzido a mais terrível injustiça uma vez que dar a decisão à conotação de julgamento de mérito, implica atribuir-lhe a força de coisa julgada material, impedindo que a mesma ação possa ser proposta novamente, afastando de uma vez por todas a possibilidade da parte reivindicar seu direito, o que acaba por eternizar a injustiça.

Destaca-se, como exemplo, uma pessoa idosa e portadora de neoplasia maligna que para realizar o exame pet scan precisa ingressar com uma ação judicial e, ao final, o magistrado analisa e julga improcedente o pedido por falta de provas da sua real necessidade.

Este julgamento não permitiu que ocorresse o acesso à justiça e a inclusão social estando esta pessoa impedida de repropor a mesma ação porque houve o julgamento de mérito e, conseqüentemente, se operou os efeitos da coisa julgada sendo que ela nunca mais poderá pleitear a realização deste exame em juízo<sup>101</sup>.

Observa-se, mais uma vez, que o processo não pode ser um condutor da injustiça. Quando não há prova que comprove o direito alegado da parte jamais poderá o

---

<sup>101</sup> Neste sentido, Gelson Amaro de Souza (2011a, p. 16).

magistrado proferir sentença “julgando improcedente o pedido por falta de prova”, posto que isso gera a mais terrível arbitrariedade, com a exclusão social de uma pessoa que teria direito à tutela do direito à saúde sendo-lhe negado o seu acesso à esta tutela, por um mero equívoco de interpretação/aplicação da terminologia, sendo que isso não deve prosperar.

Portanto, é possível verificar que existem vários obstáculos ao efetivo acesso à justiça sendo que o processo ainda está muito longe de garantir o pleno acesso da pessoa – principalmente a doente – a uma tutela de direito. Desse modo, ainda nos dias atuais, é possível afirmar que o que vem ocorrendo é muito mais um acesso ao Judiciário do que à própria Justiça, destoando da real finalidade para que foi criado o acesso à justiça.

Constata-se, assim, que o acesso à justiça – quando não cumprido de forma efetiva – gera a exclusão social por garantir, apenas, o mero acesso à estrutura do Judiciário. Contudo, o objetivo da criação do acesso à justiça era justamente proporcionar a inclusão social das pessoas – sobretudo as mais necessitadas tais como: as enfermas e as hipossuficientes – e conferir à tutela efetiva de direito para quem precisasse dela e tivesse direito.

A exclusão social não pode caminhar ao lado do acesso à justiça. É de fundamental importância que o acesso à justiça passe a atender as suas finalidades essenciais de ser: um instrumento viabilizador da efetividade da tutela de direito e não da ineficácia – assim como exposto ao longo do texto – e um mecanismo importante de inclusão social assim como será estudado abaixo.

## **5.5 Acesso à Justiça como Forma de Inclusão Social**

Verifica-se, dessa maneira, que assim como se operou entre os séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça da atualidade ainda encontra-se de maneira mais formal do que efetiva, uma vez que há vários obstáculos ao acesso à justiça que aliado a uso inadequado da ferramenta processo ensejam à exclusão social afastando à igualdade entre as partes e impedindo a verdadeira inclusão das pessoas com a prestação efetiva da tutela de direito.

Como forma de garantir a efetividade do acesso à justiça – com a saída da teoria à prática – torna-se imperioso adequar o direito à nova realidade e não seguir velhos conceitos dogmáticos, uma vez que o direito é dinâmico e acompanha a sociedade que está em constante evolução.

Desse modo, o direito deve se adequar à nova realidade social e à necessidade das pessoas e garantir não mais pura e simplesmente o acesso à teoria e ao Judiciário, mas acima de tudo o acesso à justiça que nada mais é – assim como trabalhado anteriormente – do que o acesso à efetiva tutela de direito.

Neste sentido, Gelson Amaro de Souza (2011a, p. 14) afirma que “é necessário que o profissional do direito esteja atento às necessidades de mudanças sociais e às necessidades de adequação do antigo direito ao direito atual”.

Assim, o acesso à justiça não pode ser obstado pelas barreiras que foram apresentadas tais como: custas judiciais; possibilidades das partes; aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou defesa e o tempo (morosidade processual). É necessário que estas barreiras sejam superadas e que o direito supere esta deficiência e acompanhe a necessidade da atual sociedade que clama por efetivação da tutela jurisdicional.

Por sua vez, nos dizeres de Gelson Amaro de Souza (2011a, p. 19) “o processo é um instrumento de inclusão social e cumpre bem a sua função quando bem utilizado”. Sendo assim – fazendo-se uma interpretação extensiva desta citação – quando o processo for bem utilizado promoverá também o acesso à justiça e aos direitos fundamentais, uma vez que garante à inclusão social.

Portanto, torna-se imprescindível que se afaste o uso inadequado da ferramenta processo, tais como: a equivocada interpretação das leis; o excesso de formalismo/burocracia e o problema da confusão terminológica dentro do processo, uma vez que assim como desenvolvido nos tópicos acima, o mal uso do processo conduz à exclusão social por não conseguir atingir a efetividade do acesso à justiça.

Neste contexto, Keila Rodrigues Batista (2010, p. 71) afirma que:

Muitos agentes do Direito, como também os servidores da Justiça de maneira geral, se encontram “presos num cárcere mental”, ou seja, transmitem suas posturas ultrapassadas embasadas num positivismo antigo, restrito ao formalismo legal, que refletem de modo constante na prática processual. Muitos deles não acompanham a evolução do pensamento e conduta dos partícipes e não partícipes da sociedade, o dinamismo da cultura e o avanço da modernidade. Ainda persistem em condutas atos que não necessitam ser mais utilizados no processo, vindo somente a contribuir para a lentidão em que se encontra o sistema processual, embora seja de se ressaltar que ele já foi concebido para ser lento, como também, para atender a uma classe dominante, pois o direito imposto é imposto por essa classe (Grifou-se).

Observa-se, assim, que para que ocorra a inclusão social pelo acesso à justiça – operacionalizando-se, assim, o direito à saúde previsto formalmente em dispositivos legais – é necessário afastar a visão de determinados operadores do direito que ainda se baseiam em um

positivismo antigo, dominador e opressivo uma vez que este não possui mais espaço na atual realidade social e jurídica brasileira, assim como prevê o neoconstitucionalismo.

É necessário “quebrar as correntes” que cercam o conhecimento e parar de seguir velhos paradigmas que são transmitidos pelas pessoas que estão “presas” às fortes concepções tradicionais, positivas e dogmáticas e, aceitos sem nenhum questionamento por quem o recebe. É preciso questionar a realidade ao redor e se perguntar: Por que isto é dessa forma? Ou melhor: Qual a importância deste ato/forma para o processo? Isso tem utilidade nos dias atuais e afeta/impede o acesso à justiça na área da saúde? Por que o acesso à justiça às pessoas doentes e/ou hipossuficientes não vem promovendo à inclusão social?

Somente assim será possível afastar a primazia da classe dominante que impõe o direito da sua forma e por fim a pensamentos retrógrados que conduzem o direito a um caminho formal e de exclusão afastando aquele do acesso à justiça e da inclusão social.

Contudo, em tempos de transição paradigmática<sup>102</sup> não é mais possível, com base em velhos dogmas e ideologias, criar embaraços ao acesso à justiça direito este fundamental que está previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV, sendo certo que, quem tem ou pensa que tem um direito, não pode ser impedido de acessar a justiça – e não apenas o Judiciário – porque este acesso está garantido constitucionalmente (SOUZA, G. 2011a, p. 18).

O acesso à justiça deve retirar as pessoas das margens do direito e garantir a efetivação dos direitos materiais, ou seja, a prática destes direitos e, sobretudo dos direitos fundamentais – com ênfase no direito à saúde, por ser um garantidor de todos os demais – como forma de inclusão social desta camada mais hipossuficiente e enferma, promovendo, dessa forma, uma justiça célere e eficaz que se distancie de todos os obstáculos apresentados.

Verifica-se, dessa maneira, que entre a prática e a teoria há, ainda, um longo caminho a percorrer que necessita da mudança de postura do Estado em relação ao direito fundamental social à saúde e, o seu reencontro com as finalidades/objetivos aos quais fora criado, assim como será abordado a seguir.

---

<sup>102</sup> Conceito trabalhado por Fernando de Brito Alves (2010)

## 6 A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE<sup>103</sup>

Antes de se traçar qualquer estudo relacionado ao Estado e ao direito fundamental social à saúde mister se faz percorrer o estudo acerca da violência como um todo para, após, entender o surgimento do próprio Estado, o alcance da força normativa contida no artigo 196 da Constituição Federal de 1988 e o desvio de função/finalidade do Estado o que o faz se aproximar do Leviatã “às Avessas”.

Dentro desta sistemática torna-se inevitável analisar a violência por omissão na efetivação do direito fundamental social à saúde que é impulsionada pela corrupção estatal/política assim como será desenvolvido neste capítulo.

### 6.1 Da Concepção sobre Violência

Ao lado da ineficácia do direito à saúde, há um outro assunto alarmante que vem colocando em risco à sociedade brasileira como um todo que é questão que envolve a violência na atualidade. Diante deste debate, a ideia equivocada que se tem – baseada no senso comum – é que a violência seria fruto, apenas, da sociedade atual.

Todavia, em que pese à concepção de que a “violência é um fenômeno oriundo da realidade atual” não é possível sustentar que ela seja um fator recente, uma vez que ela permeia a própria evolução do homem e do Estado. Prova disso é que na própria mitologia já era marcante à presença da violência.

Neste contexto, de acordo com Sandra Jatahy Pesavento (2006; p. 1) a violência pode ser verificada por meio dos mitos ancestrais em que na gravura de Gustavo Doré intitulada “A luta dos anjos” estaria caracterizada a guerra nos céus do Arcanjo São Miguel (o mais forte e fiel à Deus) e Lúcifer (o mais belo anjo), simbolizando a vitória do bem sobre o mal.

Destaca-se, assim, que:

---

<sup>103</sup> As principais ideias sobre violência foram convertidas pela autora na elaboração do artigo científico: “Do Leviatã às ‘avessas’: a violência exercida pelo Estado e os seus reflexos nos direitos fundamentais – a necessidade de libertação” que fora publicado na Revista de Direito Brasileira (RDB) – *Brazilian Journal of Law* (2013).

Os mitos, bem sabemos, são narrativas que revelam e explicam, de forma cifrada, as verdades sobre a vida e assim, mesmo estes mitos ancestrais, atemporais e transhistóricos, falam de coisas identificáveis na existência dos homens: a violência jacente nas relações humanas a marcar a difícil convivência através do tempo (PESAVENTO, 2006, p. 2)

De acordo com a citação acima, é possível verificar que a violência era explicada por meio dos mitos, assim como os problemas que envolviam a saúde que fora abordado anteriormente no capítulo 3<sup>104</sup>.

Observa-se, desse modo, que assim como a doença, a violência sempre esteve presente nas relações humanas o que demonstra/caracteriza a difícil convivência entre as pessoas, fato este que pode ser verificado até em narrações bíblicas (BÍBLIA, 1965) como a expulsão de Adão e Eva do Paraíso e o registro do primeiro homicídio que fora praticado por Caim contra o seu irmão Abel.

Por sua vez, Nilo Odália (2004) sustenta que desde o momento em que um longínquo ancestral do homem fez de um osso a primeira arma, a violência sempre caminhou lado a lado<sup>105</sup> com a civilização sendo, portanto, o homem um animal essencialmente violento (concepção naturalista ou biologista do homem, de acordo com a qual teria um caráter instintivo que não desapareceria no plano social).

Assim, “os nossos ancestrais, os hominídeos, sobreviveram porque souberam suprir suas debilidades naturais, sua pequena força física, pela inteligência na construção de artefatos de defesa e ataque” (ODALIA, 2004, p. 13).

Este caráter estritamente violento do homem ficou registrado – segundo Nilo Odália (2004, p. 13) – no livro “O Declínio da Idade Média” onde o historiador holandês Huizinga expôs o teor violento da vida nestes tempos.

Desse modo, o que se verifica – neste primeiro momento – é que a violência era posta como forma de sobrevivência e garantia da raça humana. Por este motivo, é comum verificar – nas ilustrações que indicam a evolução do homem – que este sempre estava na posse de algum objeto de defesa<sup>106</sup>, para que pudesse garantir a sua própria vida e a continuidade da espécie.

Nesta esteira, observa-se que de acordo com Ademir Aparecido Pinheli Mendes e Bernardo Kestring (2006, p. 196) a violência foi entendida, inicialmente, como agressividade instintiva, gerada pelo esforço do homem para sobreviver na natureza.

<sup>104</sup> Mais especificamente no item: “3.1 Evolução Histórica: da Saúde ao Direito à Saúde”.

<sup>105</sup> Como forma de imposição do poder.

<sup>106</sup> Tais como: pedra, pedaço de madeira ou lança.

Seguindo esta interpretação, a violência teria acompanhado a própria trajetória do homem sobre a terra e seria congênita a ele.

Por sua vez, Adolfo Sánchez Vázquez (2007, p. 385) interpreta a ideia de Sartre que expõe uma concepção da violência no marco de uma antropologia existencialista, segundo a qual a violência seria uma estrutura que acompanha a ação humana enquanto o homem viver no reino da necessidade, ou, mais precisamente, da “escassez”, uma vez que esta seria a responsável e o próprio fundamento da divisão e oposição entre os homens.

Na visão apontada acima, o meio é que influenciaria o próprio agir do homem sendo que os fatores externos: proteção, necessidade e escassez determinariam o uso da violência pelo homem como forma de sobrevivência e perpetuação da espécie.

Neste sentido, Adolfo Sánchez Vázquez (2007, p. 372) afirma que: “[...] a violência é exclusiva do homem, na medida em que ele é o único ser que, para manter-se em sua legalidade própria, necessita violar ou violentar constantemente uma legalidade exterior (a natureza)”.

Dessa forma, fazendo-se um paralelo histórico é possível constatar que a violência não é um modo de ser exclusivamente do homem contemporâneo, ou seja, ela sempre existiu e sempre se utilizou da força para conquistar o almejado, o que faz com a violência esteja presente no próprio caminhar e desenvolvimento da história.

É importante destacar que:

Como destruição de uma ordem estabelecida, a violência é um atributo humano, mas que não se mostra apenas pela presença da força. Na natureza há forças naturais, mas a violência não é força em si, ou em ato, senão o uso da força. Na natureza, as forças atuam, mas não se usam; só o homem usa a força, e pode usar a si mesmo como força. Por isso dizemos que a força em si não é violência, e sim apenas força usada pelo homem. Daí o caráter exclusivamente humano da violência (VÁZQUEZ, 2007, p. 372).

Nesta linha de raciocínio, é possível verificar que a violência existe desde os tempos primordiais e assumiu novas formas<sup>107</sup>, além da violência física (uso da força apontado acima) caracterizada até então, à medida que o homem construiu e foi se agrupando em sociedades o que demonstra que o viver em sociedade sempre foi um viver violento (MENDES e KESTRING, 2006, p. 196).

Dessa maneira, a violência seria uma forma de conquistar ou impor o poder que já fora conquistado o que conduz à violência como uma força motriz do desenvolvimento

<sup>107</sup> Como por exemplo: violência institucionalizada; social; política; revolucionária, dentre outras modalidades.

histórico, marcado por sucessivos encerramentos e inícios de ciclos o que levou Marx a afirmar que a violência seria “a parteira da história” (VÁZQUEZ, 2007, p. 374 e 379).

Já dentro do contexto brasileiro, é possível destacar que a violência no Brasil teria começado com a sua própria “descoberta”<sup>108</sup>. O quadro “Desembarque de Cabral em Porto Seguro” de Oscar Pereira da Silva retrata, por meio da pintura, esta afirmação, uma vez que de um lado têm-se os portugueses chegando dentro dos seus barcos e, de outro, os índios acuados sem saberem o que estava acontecendo. A partir daí houve toda a forma possível de violência: massacre dos índios e da sua cultura, apropriação da terra brasileira, dentre outras atrocidades registradas na história.

Observa-se, ainda, que a violência é cíclica uma vez que cada período foi marcado por imposições violentas do poder como forma de modificar ou de destruir uma determinada ordem estabelecida, assim como se deu com os índios, com os negros, além das inúmeras lutas no campo, dentre outras modalidades.

Neste aspecto, verifica-se que a violência:

Em outros casos, não é mais considerada como um mal necessário que deixa intacta a pureza de seus fins, e sim que a violência está nos próprios fins sob a forma de uma exploração normal e natural do homem pelo homem, ou do desenvolvimento legítimo de uma civilização superior que exige a dominação de outros povos (VÁZQUEZ, 2007, p. 378) (Grifou-se)

Portanto, por ser o próprio viver em comunidade violento<sup>109</sup>, é que surgiu à necessidade de um ente superior que garantisse à paz e afastasse à violência entre os povos. Dentro dessa concepção surge o Estado com o intuito de ser o garantidor da vida, assim como será analisado à seguir.

## **6.2 O Estado na Figura do Leviatã: o Artigo 196 da Constituição Federal de 1988**

Por meio da análise dos apontamentos levantados acima é possível observar que, para que a sociedade pudesse surgir e se firmar/manter, era necessário que fosse controlada a própria violência existente entre os homens.

---

<sup>108</sup> Sendo alarmada, posteriormente, pela corrupção que não deixa de ser, também, uma forma de violência do Estado para com o seu povo.

<sup>109</sup> Onde há a dominação de uma civilização superior sobre outra.

Isso porque, segundo a ideia trabalhada por Thomas Hobbes (1997), o homem seria o lobo do próprio homem (*homo homini lupus*), sendo que o seu estado natural seria o de beligerância, onde a paz teria que ser conquistada. Desse modo, Thomas Hobbes (1997) entendia que o homem era mal por natureza sendo que nenhuma associação poderia ter entre eles, uma vez que eles eram inimigos uns dos outros.

Segundo Ademir Aparecido Pinheli Mendes e Bernardo Kestring (2006, p. 196) “a organização das primeiras comunidades e, principalmente, a organização de um modo de pensar coerente, que deu origem às culturas, gerou também a tentativa de um processo de controle da agressividade natural do homem”.

Neste diapasão, Thomas Hobbes (1997) sustentava que para evitar a destruição e a situação de permanente insegurança e medo entre as pessoas elas precisavam se organizar em sociedade e, para isso, teriam que renunciar o seu direito a todas as coisas, à sua liberdade ilimitada, aceitando-se submeter-se a uma autoridade política.

Ou seja, para que os homens tivessem alianças entre si havia a necessidade de surgir um ente representativo das pessoas (um ente maior que elas) que garantisse àquilo que a população desejava. Assim, os homens dariam parte de sua liberdade e, em troca, receberiam proteção.

Jean-Jacques Rousseau (2003, p. 31) afirmava que: “como os homens não podem criar forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para se conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia”.

Esta agregação de forças individuais, formando uma força maior, caminhava ao lado da concepção de um ente representativo que seria a própria autoridade do Estado – que na raiz do processo de formação social e política – seria criado para afastar a discórdia, a violência, o medo da morte e a desconfiança mútua como forma de garantir a paz entre os povos. Ou seja, a ideia da formação do Estado estava relacionada com o da proteção que seria conferida por ele a todas as pessoas.

Desse modo, surge a ideia de que o Estado é representativo o que significava dizer que os atos do Estado representavam a vontade de seus cidadãos e se faziam em nome desta vontade, sendo que a parcela da liberdade cedida pelas pessoas seria a própria subsunção à lei.

Thomas Hobbes (1997), por sua vez, representava o Estado como sendo um homem grande e forte, formado das forças de pequenos homens. Este ente imponente teria

como função proteger<sup>110</sup> todos os homens que o formavam de toda e qualquer forma de violência e foi denominado, por mencionado autor, de “Leviatã” figura esta coercitiva, absoluta e punitiva capaz de combater a tudo e a todos para garantir a paz e viabilizar alianças entre os homens, uma vez que sem isso, os homens viveriam em constantes guerras, surgindo, assim, a ideia de legitimação de um poder maior que seria o Estado.

De acordo com Valter Foletto Santin (2004, p. 27) “o Estado foi constituído para atender as necessidades comunitárias na incessante busca da paz social e do bem comum”.

Assim, a ideia de criação do Estado – como ente representativo da população – era de justamente promover a paz e afastar as guerras e as violências predominantes entre os homens, ou seja, de garantir uma vida harmônica dentro da sociedade, sendo esta uma posição importante para o próprio desenvolvimento humano.

Esta ideia era defendida, também, por Nicolau Maquiavel (2008, p. 45) em “O Príncipe” ao afirmar que “quem se torna príncipe pelo favor do povo deverá manter sua amizade, o que será fácil, pois tudo que pedem é não serem oprimidos”.

Destarte, o que as pessoas esperavam do Estado é que este estivesse ao lado delas como um garantidor da paz, de direitos e um combatente de todas as formas de opressão existentes na sociedade.

É neste contexto que o Estado começa a “chamar para si” a resolução dos problemas e a garantia de direitos nas Constituições, assim como já trabalhado anteriormente, como forma de evitar que nenhuma atrocidade fosse cometida contra os seus “súditos”.

Dentro desta busca para atender as necessidades sociais e cumprir a “sua parte no acordo” o Estado brasileiro previu no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988 que a saúde era um direito social e, portanto, fundamental, imprescindível e inevitável à vida humana.

Coroando, ainda mais, a importância do artigo 6º, referida Constituição, também previu em seu artigo 196 que: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (Grifou-se).

Ou seja, é dever do Estado – como a caracterização do próprio Leviatã – conferir de todas as formas à tutela, a proteção ao direito social à saúde e, conseqüentemente,

---

<sup>110</sup> Por este motivo, na capa do livro “Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil (1997) é ilustrado o Estado – que seria o próprio Leviatã – carregando uma espada na mão.

garantir políticas preventivas no combate à doença, tais como: campanhas de vacinação, informação sobre os riscos de contrair determinadas doenças como Hepatite B, Aids, dentre outras formas de prevenção, além das políticas curativas.

Neste sentido, é importante destacar o entendimento de Yussef Said Cahali (2007, p. 14):

O direito moderno consolidou definitivamente a teoria da *realidade técnica ou realidade jurídica*, superando digressões acadêmicas, ao reconhecer a existência de entes criados naturalmente pela vontade do homem, por imperativo de suas necessidades, e que operam no mundo jurídico, adquirindo direitos, exercendo-os e contraindo obrigações, dotados de personalidade distinta de seus próprios organizadores ou instituidores (Grifou-se).

Portanto, não há a opção, a faculdade do Estado em conferir ou não à proteção e a concretização ao direito à saúde, uma vez que fora criado para atender as próprias necessidades da sociedade. Trata-se, dessa forma, de uma obrigação por parte do Estado; obrigação esta que não pode ser colocada em segundo plano sob a argumentação de que não há recursos no orçamento para esta finalidade, assim como já trabalhado anteriormente<sup>111</sup>.

Contudo, a atribuição de tantos poderes pelos homens ao Estado iria conservá-lo distante da própria violência? Ou o Estado – na busca de garantir a paz e o equilíbrio na sociedade – poderia se utilizar de atos violentos que justificariam qualquer atitude violenta praticada por ele contra a própria sociedade? É com base nesta indagação que se passa a analisar o tópico a seguir.

### **6.3 Do Leviatã às “Aveasas”: a Violência Institucionalizada e por Omissão na Efetivação do Direito à Saúde**

É notório que o Estado – em busca de garantir a vida em sociedade – acabou utilizando/legitimando a violência na tentativa de garantir a paz e a harmonia entre as pessoas como, por exemplo: impor leis; mandar prender; fixar multa; pensão alimentícia; pagar tributos; legítima defesa, etc.

No entanto, não tardou muito para que o abuso da força e a opressão comesçassem a aparecer e a tomar conta do próprio Estado – que fora criado como forma de

---

<sup>111</sup> Vide tópico: “4.3 Maximização do Mínimo Existencial: Prioridade Orçamentária deste Instituto como Forma de Inclusão Social”.

impedir e controlar a violência entre as pessoas – uma vez que o Estado, por deter o uso legítimo da força, acabou por agir de maneira violenta contra os interesses da própria população que o “arquitetou”.

Neste patamar, destaca-se que:

É no período em que se instauram os Estados modernos que se coloca, de modo mais radical, a pergunta sobre o que é poder político, sua origem, natureza e significado, pergunta que traz consigo a reflexão sobre a violência, já que ela poderá ser utilizada como estratégia para a conquista e manutenção do poder, como afirma Maquiavel, em *O Príncipe*” (MENDES E KESTRING, 2006, p. 195) (Grifou-se).

Verifica-se, desse modo, que o Estado – como forma de estratégia para conquistar e manter o poder – começa a desvirtuar os motivos que o fizeram surgir e, ao invés de controlar a violência, passa a fazer uso dela aproveitando-se da força e do poder que lhe fora atribuído pela sociedade.

Ricardo Castilho (2012, p. 231) explica a ideia de Max Weber afirmando que, para este autor, este fenômeno teria ocorrido uma vez que as ordens que são exaradas do Estado – nas sociedades ocidentais modernas – são manifestações do que se chama de dominação legal, ou seja, são comandos legítimos na direta proporção da fé que as pessoas têm na legalidade com que o poder dessas autoridades é exercido, admitidas a força e a violência nesse processo político.

Desse modo, fica claro que, na busca pelo poder político, o Estado – por meio de sua dominação legal – passa a legitimar os seus atos de violência aproveitando-se da crença que as pessoas possuem de que “se são atos impostos pelo ente representativo (Estado) é porque são atos legítimos, que estão dentro da lei e, visam ‘proteger’ à própria sociedade”.

Nesta linha de raciocínio é importante destacar o entendimento a seguir:

Isso porque, segundo Weber, os sistemas políticos pretendem a dominação mas têm necessidade da legitimação para serem duráveis. Em suma, não há dominação sem legitimação. Por isso, os governantes usam a técnica de “morder e assoprar”, aplicando coerção e obtendo consentimento. Weber afirma que, mesmo nos sistemas democráticos impera a dominação (CASTILHO, 2012, p. 231) (Grifou-se).

O Estado, portanto, detém uma autoridade e um controle sobre a população e, em nome desta dominação, acaba legitimando a violência praticada por ele, justificando o uso da força, como sendo necessário para manter a ordem e a segurança.

Pode-se citar, como exemplo do que fora exposto acima e, dentro da realidade brasileira, o caso de Canudos, Contestado e Quilombos que são alguns dos movimentos sociais com representação política que apareceram, na história oficial, como movimentos

radicais, baderneiros e que, legalmente, foram exterminados e combatidos em nome de uma ordem e da segurança nacional, onde a violência seria legítima e, nesta visão, justificada (MENDES e KESTRING, 2006, p. 201)

Neste sentido, o Estado utiliza-se do próprio Direito para controlar a violência proveniente de seus “membros” sendo que para isso faz uso, também, da força e da violência legitimando-as. Todavia, se o Estado é o ente soberano, quem irá controlar os atos abusivos praticados por ele?

O Estado, neste contexto, acaba sendo visto como o detentor do monopólio da própria violência distorcendo os princípios que justificavam a sua criação e, formando uma nova ideia do Leviatã criado por Thomas Hobbes (1997), a de um Leviatã “às Avessas”, uma vez que deixou abalar os objetivos/finalidades para o qual fora criado, passando a existir uma interligação muito próxima e forte entre Estado, Direito e Violência que não deve prosperar.

Surge, desse modo, o “Leviatã às Avessas”, uma vez que o Estado como ser supremo – que surgiu como forma de garantir a inviolabilidade dos direitos das pessoas – acabou por fazer o uso e o abuso da força e do poder que lhe fora outorgado o que fez com que se institucionalizasse a violência (por meio da ausência de concretização do direito à saúde pública, do aumento incontrolável da: corrupção, da miséria, do sofrimento, da dor, da indiferença pelos outros, da ignorância, etc), gerando mais instabilidade e insegurança.

Neste caminhar, Hannah Arendt (1994) criticava o conceito de violência legítima refletindo que se é legítima não é violência, ou seja, a violência pode ser até mesmo justificável, mas nunca será legítima/legal indo contra a ideia defendida por Marx Weber.

Nesta linha de raciocínio, como pode ser legítimo o holocausto contra os judeus? A visão de Hannah Arendt, interpretada pelo sociólogo Cristovão Feil (2012), da “banalização do mal” – para descrever as atrocidades praticadas contra os judeus – demonstra o uso de fatores desumanos ao lado de uma reação apática das vítimas, criando um processo de normalização da desumanidade e das calamidades dos “sem-direitos”. Assim, têm-se de um lado o Estado que desvirtuou os seus poderes e passou a violar os direitos dos judeus e, de outro lado, as pessoas que enxergavam aquela conduta como sendo legítima/normal porque vinha de quem detinha o poder, ou seja, de uma ordem dominante e, por este motivo, não conseguiam se impor contra aquela determinação.

Da mesma forma, como pode ser legítimo o uso da força indiscriminada utilizada na ditadura brasileira? Neste cenário, o livro “Brasil: Nunca Mais” (2000, p. 260) expõe a situação que passou o Brasil na época da ditadura destacando que a condição de desaparecido corresponderia ao estágio maior do grau de repressão política de um país, uma

vez que impedia à aplicação dos dispositivos legais estabelecidos em defesa da liberdade pessoal, da integridade física, da dignidade e da própria vida humana, o que acabou tornando um confortável recurso cada vez mais utilizado – naquele período – pelo Estado como forma de repressão.

Assim, em busca de manter a ordem, o Estado acabou por impedir que se aplicassem aos perseguidos políticos os seus direitos mais básicos e fundamentais tais como: a liberdade pessoal, a integridade física, a vida e a própria dignidade da pessoa humana. Ou seja, o Estado colocou à violência acima dos próprios direitos fundamentais e isso jamais poderia ocorrer e nem prosperar<sup>112</sup>.

Trazendo este raciocínio para uma realidade mais próxima e atual, é possível verificar, ainda nos dias de hoje, o abuso do poder e da força que foram cedidos ao Estado pela população sendo certo que aquele passou a combater a violência com o uso de mais violência, deixando de lado, a finalidade para qual fora criado e se esquecendo dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Desse modo, cria-se um “ciclo de ódio” porque toda a violência praticada levará a outra violência, ou seja, uma violência responderá a outra. Assim, como o Estado poderá garantir à paz social se também gera áreas de instabilidade à sociedade?

Neste ponto Pierre Bourdieu (2012, p. 11) pontua que:

É enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os <<sistemas simbólicos>> cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim, segundo a expressão de Weber, para a <<domesticação dos dominados>> (Grifou-se).

É exatamente esta a situação que se encontra a população brasileira, uma vez que sente a violência praticada por outras pessoas e, ao mesmo tempo, sente-se insegura com o próprio Estado que também se demonstra violento e, ao mesmo tempo, nada consegue fazer para modificar este quadro de violência e dominação.

Por outro lado, a violência praticada pelo Estado não estaria aliada/associada apenas ao uso e à imposição da força física, mas, também, por meio da sua omissão.

Nesta linha de raciocínio, é possível constatar que o Estado também se demonstra extremamente violento quando deixa de efetivar direitos e garantias fundamentais, ou seja, apenas prevê formalmente direitos sem o compromisso mínimo de concretizar o que

---

<sup>112</sup> Infelizmente este não é o único caso de abuso do poder do Estado brasileiro.

fora positivado, assim como ocorre no caso da simples e simbólica previsão formal do direito à saúde, sem a real intenção de efetivação deste direito.

Isso porque os direitos sociais “trazem como característica mais marcante o fato de que são direitos que pressupõem uma conduta ativa por parte do ente estatal” (KELBERT, 2011, p. 31).

Neste contexto, fica nítido que as pessoas não necessitam, apenas, de condutas negativas por parte do Estado<sup>113</sup> mas, sobretudo, da concretização dos direitos fundamentais sociais<sup>114</sup>, com destaque para a prestação positiva da saúde pública, na busca também do bem comum e da paz social, não sendo esta a realidade que se encontra a população brasileira.

É fundamental destacar, dentro deste cenário, que:

Cada vez mais, com o passar do tempo, tem piorado a situação brasileira. Quase não há escolas de qualidade para os mais pobres, que se tornam analfabetos funcionais e, mais recentemente, analfabetos digitais; os hospitais, apesar do esforço sobre-humano dos médicos assalariados, são carentes de materiais mais indispensáveis. Isto sem falar da situação dos transportes, das riquezas minerais, da energia e do meio ambiente” (MENDES e KESTRING, 2006, p. 200) (Grifou-se).

A ausência de efetivação dos direitos sociais é alarmante. Dentro destes direitos o caso mais preocupante repousa no descaso na efetivação do direito à saúde, que conduz à sociedade brasileira ao seu abismo, sem perspectivas de mudança. A violência praticada, neste caso, pelo Estado, estaria no seu não agir, ou seja, na omissão de preceitos sagrados que estão previstos na Constituição Federal de 1988, tais como o artigo 6º e 196 que colocam à saúde como direito da população e dever do próprio Estado.

Observa-se, assim, que:

Na sociedade baseada na exploração do homem pelo homem como é a sociedade capitalista atual, a violência não só se mostra nas formas diretas e organizadas de uma violência real ou possível, como também se manifesta de um modo indireto, e aparentemente espontâneo, como violência vinculada com o caráter alienante e explorador das relações humanas. Tal é a violência da miséria, da fome, da prostituição ou da doença que já não é a resposta a outra violência potencial ou em ato, mas sim a própria violência como modo de vida porque assim o exige a própria essência do regime social. Esta violência surda causa muito mais vítimas que a violência ruidosas dos organismos coercitivos do Estado (VÁZQUEZ, 2007, p. 377-378) (Grifou-se).

Neste patamar, a violência por omissão ou indireta na área da saúde é uma das mais preocupantes uma vez que é silenciosa e, aos poucos, vai gerando mais e mais vítimas e

<sup>113</sup> Como por exemplo, não exercer a violência física.

<sup>114</sup> Uma vez que o Estado chamou para si a realização destes direitos sociais, sendo denominado de Estado Social.

contribui para o aumento de outras formas de violência como a falta de emprego, a miséria, a exclusão social, a ausência de moradia que conduz às pessoas a uma mera luta pela sobrevivência fazendo com que elas se esqueçam de que são realmente sujeitos detentores de direitos e de obrigações e, que possuem o direito a uma vida, sobretudo em condições dignas. Assim, se a pessoa não tem a sua própria saúde concretizada como fará para lutar pelos demais direitos?

Nesta linha de argumentação é importante destacar de acordo com Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p. 79) que:

Logo, não se pode mais considerar a saúde de forma desconexa do contexto socioambiental em que estão inseridos o indivíduo e a coletividade, podendo-se firmar como razoável o entendimento de que no Brasil o atual estágio em que se encontra a saúde é o espelho das desigualdades sociais, da pobreza, do nível de vida da maioria da população, da ausência de políticas públicas eficazes para o setor. E sem a perspectiva de alteração desse quadro socioeconômico, a garantia ao direito à saúde fica comprometida de efetivação na amplitude preconizada na Constituição Federal (Grifou-se).

A violência, dessa maneira, também é a humilhação, a miséria, a pobreza, todas as formas de abandono e desamparo que são oferecidos à população doente e hipossuficiente e, inevitavelmente o próprio desrespeito à vida – se é que se pode dizer que uma pessoa, nestas condições, tem, ainda, uma “vida” – que levam milhares de pessoas à exclusão social, conduzindo-as às margens do esquecimento do direito, sendo esta, sem dúvida nenhuma, a maior de todas as violências: “a anulação da pessoa enquanto pessoa”.

Perante esta afirmação, surgiu um cenário imposto e marcado por inúmeras desigualdades sociais onde os atores principais passaram a ser: a doença, a miséria, a fome, a pobreza, a exclusão levando a população “esquecida” – coadjuvante deste palco – a se anular e a ficar fadada ao esquecimento e a se tornar, também, mais violenta, ou seja, as pessoas reagem de forma violenta em relação à violência que recebem, configurando, desse modo, o “ciclo do ódio”.

Por sua vez, a violência por omissão do Estado na concretização do direito fundamental social à saúde é fomentada pela corrupção que atingiu o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, assim como será analisado a seguir.

## 6.4 Corrupção e a Violação ao Direito Fundamental Social à Saúde<sup>115</sup>

O descaso na saúde pública aliado à alegação de que os recursos públicos são limitados e, portanto, incapazes de atender todas as necessidades desta área começou a dividir espaço com notícias como “mensalão”, caixa dois, “sanguessugas”, usos de cartões corporativos, dentre outros destaques.

Diante desta contradição surge o seguinte questionamento: como é possível, em um país de modernidade tardia como é o Brasil, onde pessoas morrem nas filas de hospitais sem serem atendidas, ter casos de corrupção? Como é possível o Estado afirmar que não há verbas suficientes para atender as exigências da saúde pública, porque haveria “escassez orçamentária”, se impera a corrupção e o desvio de dinheiro público no Brasil? Se há dinheiro disponível para ser desviado como não há o suficiente para atender o mínimo existencial do direito à saúde e dos demais direitos fundamentais, bem como a dignidade humana?

De acordo com Antenor Batista (2011, p. 167):

A corrupção e a violência são terríveis parasitas que contaminam muitas espécies de poder. Ambas se entrelaçam, crescem e se agigantam nutridas pelo egoísmo ou ambição infecciosa. O desejo de poder é inato ao ser humano. Grosso modo, o poder está em tudo, relacionando-se com as coisas em geral [...] (Grifou-se).

Dentro desta linha de argumentação e para que seja possível compreender a corrupção como uma forma de violência por omissão do Estado e, conseqüentemente, como uma violação ao direito fundamental social à saúde mister se faz compreender a origem e evolução deste fenômeno dentro do cenário brasileiro.

### 6.4.1 Origem histórica da corrupção no Brasil

A corrupção não é “um mal deste século”, ou seja, não é possível sustentar que ela é um fenômeno recente e nem que ela seja tipicamente brasileira ou fruto de um país subdesenvolvido. Muito pelo contrário – do que é revelado por meio de uma análise

<sup>115</sup> A temática relacionada à corrupção fora utilizada na confecção e conversão do artigo científico: “Corrupção: do patrimonialismo à ‘banalização do mal’ por meio da violação dos direitos fundamentais que fora publicado nos Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU (2011).

superficial – a corrupção existe em todo lugar em maior ou em menor proporção; sendo que o grau de incidência da corrupção varia proporcionalmente levando em consideração o grau de controle/punição de cada país.

Observar-se-á – por meio do levantamento histórico que será apresentado a seguir – que as raízes da corrupção são muito mais profundas do que se possa mensurar não se podendo limitar, apenas, aos noticiários recentes, sendo imprescindível estudar a origem da corrupção no Brasil para que se possa entender a corrupção brasileira nos dias atuais, visto que muitos dos acontecimentos de hoje são retratos/reflexos do passado.

Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2011, p. 4) a corrupção teve início já nos primórdios da colonização do país<sup>116</sup> – isso ainda no século XVI – uma vez que o sistema colonial fora erguido e sustentado por uma Monarquia Absolutista.

O Monarca tinha a colônia brasileira como sendo seu objeto, ou seja, como se a colônia fosse o seu patrimônio pessoal e ele fosse o proprietário e legítimo possuidor, dessa forma, a terra, recém-descoberta, era tida como propriedade do rei. Assim, derivou-se, nesta época, a noção de patrimonialismo passando a inexistir limite entre o que era público e o que poderia ser considerado patrimônio pessoal do Monarca.

Neste cenário, o patrimonialismo no Brasil, implantou um Estado com estrutura independente e sobreposta à sociedade com a função de extrair renda da colônia. Assim, o patrimonialismo caracteriza exatamente a apropriação privada dos recursos do Estado, seja pelos políticos ou funcionários públicos, seja por setores privados (SORJ, 2001, p. 13)

Deste modo, observa-se que a corrupção seria uma das faces do patrimonialismo que se sobrepôs ao período colonial, adentrou a República permanecendo fortalecido ainda nos dias atuais, conforme será estudado no momento oportuno.

Por outro lado, ainda no período colonial, Monarca e administradores se mantinham unidos por elos eminentemente pessoais e paternalistas, o que gerou a semente indesejada da ineficiência uma vez que não possuíam qualquer comprometimento com a ética, deveres funcionais ou interesses coletivos (GARCIA e ALVES, 2011, p. 4)

Confirmando a ideia acima Roberto Livianu (2006, p. 38) afirma que:

Os primeiros núcleos da colonização, os sistemas hereditários, como poder político, determinaram o surgimento de inúmeros pólos geradores de corrupção. O arbítrio do donatário, aliado à ambição e ao espírito de aventura alimentado pela distância da

---

<sup>116</sup> Os primeiros registros que se tem da corrupção datam deste período; embora não se possa descartar o seu aparecimento em um passado mais remoto sem, contudo, ter comprovação científica sobre esta suposição.

metrópole, não ligava os homens portugueses do Brasil colonial a habituais limitações jurídicas e morais. Nos governos gerais, embora se disciplinasse a administração da Justiça, continuaram os abusos e injustiças (Grifou-se).

Observando a citação acima torna-se claro que as pessoas que vieram se “aventurar” no Brasil chegavam por meio da promessa de que a terra descoberta era detentora de inúmeras riquezas e, que não possuía “dono”. Destaca-se, ainda, que a maioria eram pessoas que não possuíam perspectivas em Portugal tais como os degradados, os falidos e os incorrigíveis (HABIB, 1994, p. 10).

Dessa forma, não detinham nenhum valor ético e nenhuma ligação com os bons costumes uma vez que não pretendiam “criar raízes” na colônia, buscando, apenas, o enriquecimento privado em detrimento da coisa pública, ou seja, implantaram, simplesmente, um sistema de extração das riquezas naturais.

Percebe-se, portanto, que a colonização no Brasil teve as suas peculiaridades diferentemente da formação norte-americana em que os “puritanos do Mayflower”, acudados pela perseguição religiosa, foram, em grupos familiares, estabelecer-se, com animus de ficar, nas terras do Novo-Mundo, sendo que se ajudavam uns aos outros, para trabalhar e construir uma nação que lhes faltava [...] (HABIB, 1994, p. xiv).

E, neste sentido, Márcia Noll Barboza (s.d., p. 14) sustenta que:

O processo de colonização do Brasil teve, como elemento marcante, o fato de não haver consistido na realização de um projeto de nação: os que aportaram no Brasil não tinham nem projeto de nação nem compromisso moral ou ideológico com qualquer coletividade; moral, mesmo, não detinham, mas apenas o desejo de tirar proveito das riquezas da terra descoberta (Grifou-se).

Seguindo o posicionamento trabalhado acima é possível verificar que o desejo de tirar proveito das riquezas da terra descoberta aliado ao fato de que as pessoas que vieram ao Brasil pretendiam apenas “retirar” e subtrair todos os bens existentes e encaminhá-los à Portugal<sup>117</sup> fez com que surgisse o sentimento de que a coisa pública não é de “ninguém”<sup>118</sup>, ou seja, não tem dono e, portanto, poderia ser “usufruída” e “explorada” por todos sem “nenhum limite” ou “respeito ao próximo”.

Por este motivo, de acordo com Marcelo Rocha (2012, p. 57-58) foi elaborado em 1652 o livro Arte de Furtar – de autoria contestada de Padre Antônio Vieira – que tinha como objetivo alertar o rei de Portugal, Dom João IV, sobre os atos dos representantes da

<sup>117</sup> Exemplo que confirma esta afirmação é que “funcionários públicos que tinham a obrigação de zelar pelos interesses da Coroa portuguesa praticavam o comércio ilegal/contrabando de produtos brasileiros como pau-brasil, especiarias, tabaco, ouro, diamante etc” (A CORRUPÇÃO, s.d., p. 1).

<sup>118</sup> Tratavam a coisa pública como se fosse patrimônio privado.

Coroa Portuguesa, na terra “recém-descoberta”, bem como denunciar os desvios do dinheiro público em proveito próprio.

Porém, esta situação de corrupção não se findou com esta obra endereçada a Dom João VI. Muito pelo contrário, acabou se estendendo além do século XVI e adentrou o início do século XVIII. Neste compasso, houve a disseminação da corrupção também no meio religioso, por meio do contrabando de ouro em pó – realizado pelos frades renegados – dentro de estátuas de santos ocadas surgindo, assim, a expressão “santinhos do pau oco” (GARCIA e ALVES, 2011, p. 4).

Nem mesmo a chegada da família real ao Brasil em 1808, após a investida de Napoleão Bonaparte na Europa, foi suficiente para afastar a corrupção dominante na colônia. Ao invés de abolir a corrupção D. João VI, para conseguir apoio político e financeiro, acabou por distribuir, entre a elite local, honrarias e títulos de nobreza, sendo que a importância do título conferido variava conforme a intensidade do “apoio” oferecido à Coroa, sendo o sentimento/espírito de “troca” de favores originário desta época (GARCIA e ALVES, 2011, p. 4).

Ou seja, o “sistema” construído só conseguiria vigorar dentro de um círculo vicioso onde o apoio da elite local só iria ocorrer se, primeiramente, esta se sentisse “retribuída” e “recompensada”<sup>119</sup>.

Este quadro perdurou<sup>120</sup> mesmo com a proclamação da República em 1889 surgindo, nesta época, uma nova forma de corrupção: as fraudes eleitorais. É importante destacar que “[...] nesse período, representatividade política e legitimidade democrática não andavam de braços dados, prática que somente um século depois, com a informatização das eleições, começou a ser contida” (GARCIA, 2011, p. 4)

Desse modo, verifica-se, neste período, que a extinção dos títulos de nobreza emitidos por D. João VI não foram suficientes para afastar o espírito de “troca de favores” visto que este “sistema” foi preservado dentro daquele cenário ocorrendo, apenas, a troca do nome de honrarias e títulos nobiliárquicos para fraude eleitoral, permanecendo os mesmos resultados desastrosos e negativos.

Além das fraudes eleitorais observa-se, também, outras formas de corrupção no Brasil República sendo elas:

---

<sup>119</sup> Infelizmente o sistema de “troca de favores” ainda encontra-se vigente dentro da sociedade atual.

<sup>120</sup> E, ainda, permanece extremamente forte.

[...] malversação de verbas públicas, desvio de rendas, tráfico de influência, “apadrinhamento”, propinas e subornos, interesses políticos escusos, beneficiamento de oligarquias com isenções fiscais, com cargos e salários excessivamente elevados, “coronelismo” (com todo tipo de condescendência criminosa, acobertamento de criminosos, empreitadas sinistras, suborno de membros do poder judiciário, do ministério público, da política judiciária, perseguições políticas por interesses inconfessáveis etc), agenciamento de empréstimos em empresas públicas, enfim, numa só palavra: corrupção, eis no que se transformara a República (HABIB, 1994, p. 37) (Grifou-se).

Percebe-se, portanto, que o patrimonialismo e, conseqüentemente, a corrupção, perduraram além do período colonial, conquistando, também a República e, persistindo, ainda, nos dias atuais – impedindo a concretização do direito à saúde – de acordo com o que será trabalho na sequência.

Neste ínterim, a ausência de uma elite pensante e questionadora, desde a época do Brasil colônia – o governo de Portugal, de seu lado, interessava-se em manter esse quadro e, por isso, não fomentava e até impedia o aprimoramento cultural e moral das pessoas na colônia, sendo que o ensino não passava das lições básicas a cargo dos jesuítas; além de não ser permitida a criação de faculdades (BARBOZA, s.d., p. 14-15) – fez com que as práticas apontadas acima aumentassem passando a ser cada vez mais corriqueiras e aceitáveis.

Seguindo este entendimento merece ser observado o posicionamento de Emerson Garcia (2011, p. 4) a seguir:

A reiteração das práticas corruptas e a inevitável sedimentação da concepção de que, além de inevitáveis, são toleráveis, possibilita a “institucionalização da corrupção”, o que tende a atenuar a consciência coletiva e associar a corrupção às instituições, implementando uma simbiose que dificilmente será revertida (Grifou-se).

É neste estágio – de institucionalização da corrupção – que se encontra o Brasil mesmo com a criação de inúmeras universidades e fomento à educação diferentemente do que perdurou no Brasil colônia.

Neste ponto atual destaca-se que:

O perigo se torna concreto com a institucionalização desses comportamentos, quando se percebe a deslegitimação das regras jurídicas oriunda da certeza de que a corrupção dominou política e economia e permitiu o suborno dos legisladores e a fraude na justiça. Este quadro distorce todas as funções sociais, minando as instituições no plano político, freando a economia e desviando-a de seus objetivos principais. No plano social, concentra riqueza e poder nas mãos dos ricos e poderosos (LIVIANU, 2006, p. 33) (Grifou-se).

O quadro da institucionalização da corrupção destaca-se, portanto, quando não há o cumprimento dos preceitos constitucionais relacionados na área da saúde como o artigo 6º e 196, além da não observação da Lei n.º 8.080/90.

Destarte, todos os acontecimentos históricos apontados acima – que retratam a corrupção colonial, imperial e republicana – aliados à institucionalização da corrupção e da crescente e esmagadora globalização (que proporcionou o aumento das transações comerciais internacionais e o constante fluxo de capitais entre os países, contribuindo e colaborando, dessa forma, com a proliferação da corrupção) (GARCIA e ALVES, 2011, p. 27) fizeram com que a corrupção tomasse proporções incomensuráveis dentro da realidade atual.

No entanto, para que se possa entender a corrupção nos dias de hoje torna-se necessário, primeiramente, estudar o seu conceito e o seu alcance assim como será abordado no tópico a seguir.

#### **6.4.2 Da corrupção: conceito e abrangência**

Após a evolução histórica da corrupção no Brasil é possível levantar os seguintes questionamentos: O que é corrupção? O que pode ser enquadrado como corrupção?

Inevitavelmente, quando se faz estas indagações, vem à mente a palavra “política” como se esta fosse sinônimo de corrupção, ou seja, segundo esta ideia, a corrupção seria sempre uma corrupção política proveniente do âmbito Estatal. Para verificar se esta hipótese/suposição é verdadeira é preciso analisar o significado da palavra corrupção.

Buscando a etimologia desta palavra destaca-se o estudo realizado por Carla Patrícia Ferreira Isidoro (s.d., s.p.) ao trazer que corrupção deriva do latim *corruptus* que significa “quebrado em pedaços”, “apodrecido”, “pútrido” sendo que, neste sentido, corromper seria “tornar-se pútrido”.

O Dicionário Michaelis (s.d., p. 1) acrescenta, ainda, que corrupção seria: “**1** Ação ou efeito de corromper; decomposição, putrefação. **2** Depravação, desmoralização, devassidão. **3** Sedução. **4** Suborno. *Var: corrução.*”

Já o Dicionário Aurélio (s.d., p. 1), por sua vez, conceitua corrupção como sendo: “A ação ou efeito de corromper, de fazer degenerar; depravação./Ação de seduzir por dinheiro, presentes etc., levando alguém a afastar-se da retidão; suborno”.

Neste contexto, observa-se que a palavra corrupção não está relacionada diretamente à política e nem ao Estado<sup>121</sup> nem no seu sentido etimológico nem no seu conceito propriamente dito.

Dessa maneira, apesar dos inúmeros conceitos que se possa dar à corrupção, torna-se claro, que esta alcança qualquer deturpação/degradação de valores, da ética e dos costumes em geral, não se aplicando apenas esta concepção à corrupção política que afronta o Estado (embora esta forma seja a mais preocupante e crescente).

Nesta linha de raciocínio, atos considerados como “simples” que são realizados no cotidiano pela população – sem nenhuma “crise de consciência” – podem ser enquadrados também como atos de corrupção, embora não estejam relacionados diretamente com a política, como por exemplo: a) cobrar consulta de paciente do Sistema Único de Saúde (SUS) em hospital público ou vender medicamento fornecido pelo Estado ao paciente; b) deixar de pagar tributos; c) receber dinheiro a mais em um caixa e não devolver; d) solicitar aposentadoria por invalidez perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) simulando uma situação de doença em que não se enquadra, juntando inclusive atestados falsos; e) a compra de diplomas de cursos superiores e de trabalhos de conclusão de curso; f) furar uma fila e não aguardar a sua vez de ser atendido; g) requerer o benefício da justiça gratuita para entrar com uma ação quando na verdade pode pagar um advogado e as custas processuais; dentre outros.

Percebe-se, assim, que a pretensão em obter uma vantagem indevida em detrimento de alguém (seja este uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada) está presente, também, em atos do cotidiano realizados por pessoas “comuns” que não possuem nenhuma ligação com a política ou com o Estado, fazendo com que surja a afirmação preconceituosa de que “o brasileiro gosta de levar vantagem em tudo”.

Portanto, qualquer forma de obtenção de uma vantagem indevida por meio de uma degradação dos valores, da ética, da moral e dos costumes conduz à corrupção. Esta forma de corrupção – embora não esteja dentro das estruturas Estatais – também é muito preocupante uma vez que a prática reiterada de “atos simples”, assim como os citados acima, aliada à sensação de que não resultarão em nada, ou seja, não serão punidos conduzem e encorajam à realização de infrações mais sérias e graves como a corrupção dentro das esferas do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), que vem afrontando o país, criando a falsa impressão de que o “crime compensa”, uma vez que não ocorreria a punição.

---

<sup>121</sup> Embora esta seja a sua forma mais grave.

Desse modo, ressalta-se segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2011, p. 9):

A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Sendo este, normalmente, um mero “exemplar” do meio em que vive e se desenvolve, um contexto social em que a obtenção de vantagens indevidas é vista como prática comum dentre os cidadãos, em geral, certamente fará com que idêntica concepção seja mantida pelo agente nas relações que venha a estabelecer com o Poder Público. Um povo que preza a honestidade provavelmente terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar (Grifou-se).

Embora haja certa apreensão com a corrupção realizada no cotidiano pelas pessoas, assim como apontado acima, o objeto desta parte da pesquisa será o da corrupção Estatal devido às consequências negativas que esta vem ocasionando dentro da realidade social brasileira afetando a democracia e pondo em risco os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, em especial o direito social à saúde.

Em relação à corrupção Estatal destaque-se o seguinte conceito:

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma (GARCIA e ALVES, 2011, p. 7) (Grifou-se).

Dessa forma, seguindo a citação acima é possível traçar um conceito de corrupção Estatal como sendo o abuso/desvio do poder conferido por lei ao agente público<sup>122</sup> na tentativa de obter uma vantagem indevida para beneficiar a si próprio ou a terceiro gerando, assim, o enriquecimento ilícito; sendo a corrupção, portanto, apenas uma das faces da improbidade administrativa.

Neste ponto, observa-se segundo Ivana Nobre Bertolazo (2009, p. 79):

A improbidade administrativa está relacionada com a má conduta do agente público que atua com desonestidade, ausência de qualidade da administração, desonradez, corrupção, falsidade, má-fé, contra os princípios da Administração Pública, causando dano ao erário e acarretando enriquecimento ilícito (Grifou-se).

Por sua vez, da análise da corrupção Estatal é possível constatar que ela possui praticamente as mesmas características da corrupção originária do sistema colonial com uma única diferença: não se está mais diante de uma Monarquia Absolutista e sim de um Estado

<sup>122</sup> Que tinha a obrigação de zelar pelo patrimônio público em benefício coletivo e não particular.

denominado de Estado “Democrático de Direito” onde ainda predomina o patrimonialismo que nasceu no período colonial.

Destarte, torna-se imperioso estudar a forma como a corrupção se estabelece/materializa dentro do atual Estado para, posteriormente, traçar os impactos desta materialização dentro do Estado Democrático de Direito, bem como a afronta ao direito fundamental social à saúde e, também, aos demais direitos fundamentais.

#### **6.4.3 Materialização da corrupção no âmbito estatal**

Conforme demonstrado, não restam dúvidas de que a corrupção atual possui uma significativa ligação com a corrupção implantada no período em que o Brasil foi colônia de Portugal.

Contudo, com o transcorrer dos tempos e, conseqüentemente, com os efeitos deletérios da globalização na corrupção, as práticas corruptas foram se aperfeiçoando e resultaram na atual corrupção Estatal que hoje afronta o Executivo, o Legislativo e o Judiciário e ameaça a sobrevivência digna da própria população uma vez que há desvios de verbas públicas que seriam empregadas para efetivar o direito à saúde, colocando em choque toda a eficácia dos demais direitos fundamentais, assim como será abordado no momento oportuno.

Em relação à esfera Executiva, por exemplo, merece destaque à questão atinente às fraudes eleitorais. As fraudes eleitorais foram “aprimoradas” e hoje são “acobertadas” por um grande fluxo de dinheiro público que é desviado para financiar a candidatura de um determinado candidato, sendo certo que se este candidato ganhar as eleições deverá cumprir com os “acordos”/“promessas” firmados antes mesmo de sua ascensão ao poder, ou seja, ainda nem foi realizada a eleição e o candidato já busca a obtenção de uma vantagem indevida em prejuízo de terceiros, neste caso a população.

Percebe-se, desse modo, que a corrupção, dentro do sistema eleitoral, virou um grande ciclo que visa retirar/desviar o dinheiro público com o objetivo de favorecer particulares em prejuízo de milhares de brasileiros, sendo certo que estes particulares retirarão cada vez mais dinheiro do Estado para beneficiar as futuras eleições e assim sucessivamente.

Assim, quanto mais dinheiro os corruptos desviam, mais querem desviar uma vez que perdem a noção da real finalidade da coisa pública e a própria

compaixão/solidariedade com os destinatários desta verba pública onde se incluem: idosos; crianças; pessoas doentes esperando uma vaga no hospital; pessoas necessitando de medicamentos, etc.

Neste diapasão merece respaldo o texto a seguir:

As campanhas brasileiras são extremamente dispendiosas. Os candidatos a deputado (e também a senador ou governador) gastam rios de dinheiro (o próprio e o das pessoas físicas e jurídicas que os apóiam) para se eleger, na expectativa de conseguir ganhos compensatórios durante o mandato, muito superiores aos gastos com a campanha. Esses ganhos futuros podem assumir várias formas: 1) licitações públicas (para fornecimento de bens e serviços ao governo) viciadas em favor de suas próprias empresas, ou empresas de parentes ou “contribuintes” de sua campanha; 2) destinação de verbas públicas para entidades fantasmas a título de doação; 3) concessão de empréstimos subsidiados, incentivos fiscais especiais e outros subsídios para empresas “amigas”; e 4) decisões de políticas públicas diversas que favorecem certos grupos. Esses ganhos ou contribuições podem vir antes ou depois da eleição do candidato, na forma de “adiantamentos” para serviços a serem prestados após a eleição, ou de “cobranças” por tais serviços executados ao longo do mandato — ou ambos (BOHN, s.d., p. 8) (Grifou-se).

Portanto, de acordo com Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2011, p. 10) “[...] o resultado de um procedimento eletivo não se encontra unicamente vinculado às características intrínsecas dos candidatos vitoriosos”, mas sim ao poder econômico e aos recursos públicos recebidos o que faz com que uma pessoa realmente séria, que se candidata, fique em uma situação de desvantagem, em relação ao candidato desleal, e não consiga se eleger. Observa-se, neste ponto, que os candidatos acabam buscando a política não por terem vocação e, sim, porque querem ganhar dinheiro fácil por meio de desvios de numerários públicos.

Este dinheiro desviado é investido maciçamente na campanha eleitoral deste candidato, que antes mesmo de ser eleito já se apresenta como corrupto, fazendo-se uso de:

a) Marketing pesado por meio de “músicas”, fotos e depoimentos de pessoas humildes/excluídas com a finalidade de mexer com o emocional dos demais eleitorados e passar à impressão de que este candidato será o solucionador de todos os seus problemas. Assim, neste período, a propaganda política demonstra todos os hospitais funcionando sem superlotação, os pacientes recebendo um atendimento com rapidez e qualidade proporcionado pelo Sistema Único de Saúde, o recebimento de medicamentos pelo Estado sem óbices, dentre outras informações. Por meio deste procedimento a população até esquece os escândalos de corrupção que este candidato já esteve envolvido, bem como a sua má gestão anterior, sendo importante observar, dessa forma, o texto a seguir:

Assim, o chamado “horário gratuito” tornou-se muito caro, pois cada partido ou candidato passou a gastar rios de dinheiro para contratar especialistas em marketing político e empresas produtoras de vídeos para conduzir sua campanha na televisão. No caso citado da campanha de Fernando Collor em 1989, além de produzir vídeos sofisticadíssimos, o candidato contratou cerca de dez ou 12 equipes de vídeo (e jatos executivos) para cruzar o país a fim de acompanhar a campanha e gravar clipes que seriam usados no horário gratuito dos dias seguintes (BOHN, s.d., p. 11) (Grifou-se).

b) Distribuição de benfeitorias à população em troca do voto tais como: medicamento, consultas particulares, pagamento de exames, combustível, cesta básica, dinheiro, dentre outros, o que faz com que o voto recebido não seja uma representação confiável do que o cidadão realmente acha daquele candidato dando à impressão de que se está diante, novamente, da “política do pão e circo” e da “troca de favores”.

Além disso, merece destaque, também, o candidato que busca a sua reeleição e faz uso do dinheiro público para realizar uma determinada obra em um Município apenas com o intuito de chamar a atenção da população, para que esta tenha a falsa impressão de que ele continuará realizando obras em benefício do povo, quando na verdade esta obra era supérflua e possuía um único objetivo: angariar mais votos.

Toma-se como exemplo um Prefeito Municipal que buscando a sua reeleição decide recapear, sem necessidade, a única avenida principal de uma pequena cidade – às vésperas da eleição – onde passa um grande fluxo de pessoas, enquanto os bairros desta cidade, afastados do centro e, portanto, com menos circulação de pessoas, permaneceram sem serem pavimentados durante os quatro anos em que este “representante” do povo esteve no poder. Ou seja, onde realmente precisava de asfalto este não aconteceu por um simples motivo: uma obra nos bairros afastados não teria a visualização/repercussão política desejada, diferentemente do que aconteceu com a obra no centro da cidade propulsora da reeleição.

Neste diapasão, Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p. 92) assevera que:

Denominou-se de “cultura do asfalto” o sentimento de acomodação expresso por grande parte da população de baixa renda que valoriza esse tipo de serviço público (pavimentação asfáltica), como sendo sinônimo de progresso, de bem-estar social, em detrimento da reivindicação de direitos integrantes do mínimo existencial como saúde e educação, por exemplo, bem mais importante para a qualidade de vida (Grifou-se).

Assim, conforme exposto na citação acima, a “cultura do asfalto” em períodos eleitorais ameaça a concretização do mínimo existencial em matéria de saúde e, ao mesmo tempo, traz à sensação à população que está ocorrendo o “progresso” por meio do asfalto naquele local e, conseqüentemente, o seu silêncio. Sem dúvida nenhuma esta é uma prática

que os políticos se utilizam para conseguir votos e, ao mesmo tempo, impedir que a população reclame pela não efetivação de outros direitos, como, por exemplo, o direito à saúde.

Frisa-se, ainda, que dentro da Administração Pública além da corrupção relacionada às obras superfaturadas – que, na maioria das vezes, são desnecessárias, conforme exemplificado acima – provenientes de licitações fraudulentas há, também, materialização da corrupção em: desvios de dinheiros destinados a eventos populares; utilização de ONGS e empresas de publicidade como forma de cobrar valor maior do que realmente foi estipulado e utilizado dentre outras formas.

Por outro lado a corrupção também domina a esfera Legislativa. Prova disso são as inúmeras leis que já são planejadas e promulgadas com a nítida intenção de não serem cumpridas – assim como a Lei n.º 8.080/90 – o que se torna um facilitador e um agravador da corrupção por garantir a impunidade dos agentes corruptos, além de impedir a concretização dos direitos assegurados como, por exemplo, o direito à saúde que é previsto na Constituição Federal de 1988 e nas demais Legislações, de forma técnica; contudo, não há a operacionalização deste direito, ou seja, ele acaba não sendo efetivado/cumprido.

Seguindo este contexto, Emerson Garcia (2011, p. 8) destaca que:

No âmbito da função legislativa, os escândalos mais comuns, quase anuais, são aqueles relacionados à elaboração das leis orçamentárias, em que os parlamentares negociam com o Executivo a inserção, no orçamento, de dotações direcionadas aos seus redutos eleitorais. Também não é incomum a aprovação de leis em benefício dos próprios parlamentares ou de interesses de grupos específicos, que financiam os parlamentares justamente com este objetivo (Grifou-se).

De acordo com a citação acima, é possível constatar que na elaboração das leis orçamentárias já há destinação de verbas para fins pessoais dos próprios parlamentares. Dentro desta constatação é inaceitável que o Estado se utilize da reserva do possível para alegar que há limitação ou até mesmo exaustão orçamentária capaz de inviabilizar a concretização do mínimo existencial no que envolve o direito fundamental à saúde pública.

Dessa forma, “ao direcionar gastos da União por meio de emendas, parlamentares podem favorecer empresas que financiaram suas campanhas, praticar clientelismo, fazer uso eleitoreiro de obras, entre tantas outras delinquências éticas, políticas e legais” (ROCHA, 2012, p. 62)

Por sua vez, a corrupção também chegou ao Judiciário, órgão responsável por promover a pacificação social. No entanto, não é isso o que vem acontecendo uma vez que uma das suas características essenciais que é a imparcialidade está sendo deixada de lado,

passando a predominar a parcialidade do juiz por meio de vendas de sentenças, garantido, dessa forma, a impunidade dos mais ricos, a violência aos direitos dos grupos mais pobres e, a geração de mais conflitos e injustiças sociais.

Prova disso é a reportagem da Revista Época de autoria de Nelito Fernandes (2012, p. 34) em que traz que “gravações inéditas da Operação Pasárgada, da Polícia Federal, expõem o funcionamento do balcão de sentenças do Judiciário”.

Assim, a corrupção do Judiciário, também não é recente, atingindo vários Estados Brasileiros o que já ensejou até em uma abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar as denúncias realizadas conforme se verifica no texto a seguir:

Os casos investigados por essa comissão foram: o desvio de verbas no Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de São Paulo, que resultou na cassação do senador Luiz Estevão; a indenização bilionária que deveria ser paga pelo BASA (Banco da Amazônia); as adoções irregulares de crianças em Jundiá; a venda de alvarás no Amazonas; as irregularidades no TRT do Rio de Janeiro; a dilapidação de herança no Distrito Federal; e o nepotismo no TRT da Paraíba. Posteriormente, foi adicionado o caso de irregularidades no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que só passou a ser objeto de investigação da CPI depois que sua denúncia culminou com o assassinato de um juiz. Por causa desse fato, a comissão pôde ter sua atividade prorrogada. Ao final dos trabalhos, os relatórios foram encaminhados aos órgãos do próprio Judiciário, a fim de que as providências cabíveis fossem adotadas. O mais interessante é que o ex-juiz Nicolau dos Santos Neto esteve envolvido no desvio de 169 milhões de reais durante cerca de sete anos, com a cumplicidade de parlamentares e altos funcionários da Presidência e do próprio Judiciário. Em agosto de 2000, ele teve sua prisão decretada e o rosto estampado em cartazes de “PROCURA-SE” no Brasil e em vários outros países. Somente em outubro de 2000 sua aposentadoria e seu “auxílio-moradia” foram suspensos (PEDONE, s.d., p. 12) (Grifou-se).

Verifica-se, ainda, que além da corrupção na esfera Executiva e Legislativa, é possível constatar que a corrupção também já alcançou proporções desastrosas dentro da esfera do Judiciário uma vez que “a independência funcional que a caracteriza tem sido levada a extremos, daí decorrendo uma espécie de blindagem para graves irregularidades” (GARCIA, 2011, p. 9).

As inúmeras denúncias de corrupção no Judiciário levaram às intensas discussões no Conselho Nacional de Justiça, sendo que a decisão de 02 (dois) de fevereiro de 2012 do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu por 06 (seis) votos a 05 (cinco) que o Conselho Nacional de Justiça tem autonomia para investigar as denúncias contra os Magistrados sem depender de Corregedorias locais, o que representa um avanço uma vez que as Corregedorias acabariam investigando os seus próprios pares e, dessa forma, acabaria não funcionando com parcialidade (SUPREMO, s.d., s.p.).

Observa-se, portanto, que a corrupção passou a ser uma constante dentro do Poder Estatal atingindo as suas três esferas de atuação (Legislativo, Executivo e Judiciário) órgãos estes que tinham o dever de garantir o pleno desenvolvimento da cidadania, da dignidade humana e do próprio Estado Democrático de Direito; o que traz, por outro lado, a nítida ideia de que a corrupção seria mais um “poder” ao lado do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Neste diapasão, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário fazem parte de uma “engrenagem” e que precisam “funcionar” harmonicamente para garantir a garantia dos direitos consagrados.

Contudo, quando uma (ou todas ao mesmo tempo) destas esferas de atuação fogem de seu objetivo público – por meio da corrupção – para privilegiar e atender terceiros, isso provoca um desequilíbrio da estrutura do Estado, sobretudo em relação à violação ao direito fundamental social à saúde e aos demais direitos fundamentais, conforme será trabalhado no tópico abaixo.

#### **6.4.4 Impactos da corrupção no Estado Democrático de Direito: a violação aos direitos fundamentais à luz da teoria da “banalização do mal”**

Da análise elaborada, até o presente momento, é possível observar que a corrupção gira em torno do poder, ou seja, a corrupção sempre caminhou de “mãos dadas” com o poder seja no Brasil colônia seja no Estado atual. Assim, corrupção e poder são dois fatores indissociáveis.

Nesta linha de raciocínio, verifica-se que a busca pelo poder sempre fascinou as pessoas que, na maioria das vezes, acabam buscando uma forma mais “fácil” de alcançar os fins pretendidos por meio de atos corruptos. Assim, os meios passaram a ser banalizados para se atingir o fim, como se o fim justificasse todas as atrocidades praticadas para alcançar o poder.

Assim, é possível buscar a visão de Hannah Arendt, interpretada pelo sociólogo Cristovão Feil (s.d., s.p.), da “banalização do mal”<sup>123</sup> e aplicá-la por analogia, também, à corrupção que significaria: o uso de fatores desumanos ao lado de uma reação

---

<sup>123</sup> A aplicação deste conceito original se deu para designar as atrocidades praticadas contra os judeus.

apática das vítimas, criando um processo de normalização da desumanidade e das calamidades dos “sem-direitos”.

Da concepção de banalização do mal extrai-se dois grandes blocos importantes de afirmações que estão presentes também dentro da corrupção qual sejam: 1) o uso de fatores desumanos; 2) reação apática das vítimas e a criação de um processo de normalização da desumanidade e da calamidades dos “sem-direitos” que serão analisados a seguir.

#### **6.4.4.1 Corrupção: uso de fatores desumanos e a afronta aos direitos fundamentais**

Em primeiro lugar, como uso de fatores desumanos destaca-se o desvio de dinheiro público, realizado das mais diversas formas<sup>124</sup> para beneficiar particulares em detrimento da população, sobretudo a mais hipossuficiente, que faz com que todos os direitos fundamentais<sup>125</sup> – consagrados pela Constituição Federal de 1988 – sejam relegados à segundo plano passando à população carente a tentar “sobreviver” diante das inúmeras ausências: de saúde, moradia, de alimentação, de educação, dentre outros, sendo o impacto da corrupção mais sentido nos setores sociais que apresentam uma maior exclusão.

Prova disso vem estampada na citação a seguir:

As políticas públicas, ademais, são sensivelmente atingidas pela evasão fiscal, que consubstancia uma das facetas dos atos de corrupção. Com a diminuição da receita tributária, em especial daquela originária das classes mais abastadas da população, diminui a redistribuição de renda às classes menos favorecidas e aumenta a injustiça social. Esse quadro ainda servirá de elemento limitador à ajuda internacional, pois é um claro indicador de que os fundos públicos não chegam a beneficiar aqueles aos quais se destinam (GARCIA e ALVES, 2011, p. 25) (Grifou-se).

Assim, os recursos públicos que já são limitados (daí se falar em reserva do possível) sofrem uma restrição ainda maior quando são desviados para fins outros que não aqueles estabelecidos pela lei criando uma nova situação: a dos excluídos do Estado Democrático de Direito que não conseguem se estabelecer dentro das mazelas sociais, passando a viver em uma zona de exclusão social, ou seja, às margens do direito.

Portanto, a busca incessante pelo poder faz com que aumente o desrespeito pela coisa pública e pelos reais destinatários deste dinheiro público. Nesta esteira é possível

<sup>124</sup> Assim como já trabalhado no tópico anterior

<sup>125</sup> Os direitos fundamentais são o mínimo que devem ser observados como forma de garantir a vida digna de toda a população.

constatar que “o poder está localizado topograficamente na distância, por isso não escuta o povo que geme na planície” (HABIB, 1994, p. 106)

No entanto, quando mais alto for o poder que se visa alcançar e, conseqüentemente, a corrupção exercida, mais a população estará distante de ser ouvida e de ter os seus direitos cumpridos e efetivados assim como tecnicamente está previsto na Lei.

De acordo com a Controladoria Geral da União (CGU) no ano de 2011 apurou-se desvios de dinheiro público na órbita de R\$ 1,8 bilhão sendo este apenas um valor que foi flagrado/investigado e não o que foi efetivamente desviado, uma vez que ainda há a ausência de informação/transparência adequada em relação à corrupção. O valor levantado é o resultado de várias investigações que envolveram licitações fraudadas, cobranças indevidas de procedimentos do Sistema Único de Saúde (SUS) e verbas que seriam empregadas em atividades esportivas para crianças carentes (ROCHA, 2012, p. 62).

Nesta linha de desenvolvimento é importante destacar que:

No ranking mundial da corrupção, o Brasil, uma das principais economias do mundo, foi relacionado pela ONG “Transparência Internacional” entre os países mais corruptos, fato ora agravado pela ação dos políticos neocorruptos que integram a arena dos mensalões. Daí a enxurrada de escândalos de que nosso país vem sendo vítima, tendo como causa, entre outras, a complacência com o ilícito e o silêncio dos bons. Segundo Marcos Fernandes, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), a corrupção no Brasil custa US\$ 3,5 bilhões por ano, apesar das CPIs, Lei Antitruste e projetos que tramitam no Congresso sobre corrupção (BATISTA, 2011, p. 48) (Grifou-se).

Nesta feita, como é possível o Estado alegar falta de dinheiro para concretizar o mínimo existencial na área da saúde se a corrupção no Brasil custa US\$ 3,5 bilhões por ano, assim como exposto na citação acima? Dessa maneira, se é possível desviar verbas públicas para objetivos pessoais, como não é possível cumprir o disposto no artigo 6º e artigo 196 da Constituição Federal e a Lei n.º 8.080/90 que consagra o Sistema Único de Saúde como uma mera ideologia sem nenhuma efetividade prática?

Soma-se a isso, um estudo realizado pelo Banco Mundial que foi publicado na Revista Veja n.º 1.491 de 14/03/2001 e disponível na obra de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2011, p. 24) que afirma que se fossem diminuídos os níveis de corrupção pela metade diminuiriam, também, a mortalidade infantil em 51%, a desigualdade na distribuição de renda em 54% e a porcentagem da população que vive com menos de dois dólares por dia em 45%.

Diante destes apontamentos é possível constatar que a corrupção gera o descaso na saúde pública, a miséria, a falta de educação de qualidade, ausência de empregos e moradias, dentre outros.

Nesta linha de raciocínio, observa-se que de acordo com Bernardo Sorj (2001, p. 14-15) há um novo patrimonialismo, de base urbana, onde os interesses dos grupos dominantes e do Estado são beneficiados pela impunidade sendo que o descontrole da máquina estatal trouxe a violência por omissão e o descaso/abandono aos grupos mais pobres em decorrência da não operacionalização dos direitos fundamentais e do sistema repressivo e jurídico.

Desse modo, o patrimonialismo dos dias atuais possui forte ligação com a extrema desigualdade e exclusão social que ocasionam a injustiça social e o abalo da própria democracia.

Assim, “o patrimonialismo passa a ser percebido como a primeira fonte dos problemas sociais e como uma agressão aos valores da justiça, da igualdade e da convivência democrática” (SORJ, 2001, p. 14).

Neste aspecto ressalta-se que:

É através da reprodução da desigualdade social e da impunidade que o patrimonialismo entra em conflito com uma sociedade que avançou no processo de individualização e integração dos valores de cidadania e de um Estado de bem-estar social. É nesse contexto que a percepção das causas da desigualdade social deixa de se concentrar na exploração do trabalho para centrar-se na capacidade do Estado de regular, fiscalizar e gerar uma rede de apoio e infra-estrutura de serviços sociais que assegurem um mínimo de condições de vida e de inserção no sistema produtivo para o conjunto da população (SORJ, 2001, p. 14) (Grifou-se).

Verifica-se, desse modo, que a ideia de patrimonialismo choca-se com a própria concepção do Estado de Bem-Estar Social, afastando o Estado da finalidade ao qual fora criado, qual seja, concretizar os direitos sociais e proteger a população de toda e qualquer forma de violência perpetrada contra os seus direitos mais elementares/fundamentais.

Nesta linha de argumentação torna-se necessário verificar, também, a segunda concepção da teoria da “banalização do mal”, qual seja a apatia da população ante a corrupção atrelada à normalização da desumanidade e das calamidades dos “sem-direitos”.

#### **6.4.4.2 Corrupção: reação apática da população e o processo de normalização da desumanidade e das calamidades dos “sem-direitos”**

Ao lado do quadro, apresentado acima, há uma reação apática da população – vítima deste sistema de corrupção Estatal – que acompanha tudo por meio de um silêncio assustador, sem questionar ou se rebelar (com uma certa cordialidade), não conseguindo associar que as denúncias sobre o “mensalão”; fraudes e inserção de dinheiro público no procedimento eletivo; desvio de verbas que seriam destinadas à saúde; educação, dentre outras, possuem drásticos reflexos no seu cotidiano, sendo ela a causadora da não efetivação da saúde, do aumento da miséria e do atraso da população e do Brasil.

Assim a ideia de democracia, formada pela junção de duas palavras grega: “demo” que quer dizer “povo” e “Kracia” que significa “Governo” (DEMOCRACIA, s.d., s.p.) – como a “participação” do povo nas decisões tomadas no país, sendo os Governantes escolhidos e fiscalizados pelo povo, assim como disciplina o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que define que: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” – está muito longe de ser alcançada uma vez que a população nem sequer sabe que “tem direito a ter direitos” (concepção esta criada por Hannah Arendt) (CAMBI, 2009).

Dessa maneira, segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2011, p. 8) há uma debilidade democrática no Brasil, onde a democracia acaba não cumprindo/seguindo os fins para que foi criada por existir um atraso democrático no Brasil, sendo este o resultado de todo um lento processo cultural pelo qual o Brasil passou desde o período colonial o que exige uma contínua maturação da consciência popular.

Seguindo o posicionamento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2011, p. 8) ressalta-se que:

[...] esta debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da conseqüente supremacia do interesse dos detentores da *potestas publica* face ao anseio coletivo (Grifou-se).

Neste ínterim, é importante destacar o entendimento de Eduardo Cambi (2009, p. 184-185):

As novas fronteiras entre o Executivo e o Legislativo, aliadas às falhas no processo eleitoral, às críticas ao sistema majoritário e proporcional, à ausência de fidelidade partidária (cuja inexistência redundou na Res. TSE 22.610/2007, considerada constitucional pelo STF, apesar de argumentos contrários), ao voto obrigatório, à corrupção e à impunidade dos governantes contribuem para a crise da democracia representativa, com desinteresse da população pela política e o enorme descrédito das instituições (Grifou-se).

Somado a estes fatores há uma criação de um processo de normalização da desumanidade e das calamidades dos “sem-direitos” uma vez que acabam “aceitando” a corrupção como sendo uma prática normal como se esta não estivesse intrinsecamente relacionada com a afronta aos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, “a corrupção ameaça a República não se resumindo no furto de dinheiro público. O corrupto impede que esse dinheiro vá para a saúde, a educação, o transporte e assim produz morte, ignorância, crimes em cascata” (RIBEIRO, 2011, p. 52) (Grifou-se).

Assim, verifica-se que está acontecendo exatamente uma “banalização do mal” – assim como apontado por Hannah Arendt ao falar sobre o holocausto contra os judeus – quando o assunto é corrupção. Destarte, as inúmeras desigualdades sociais que são desencadeadas e guiadas pela corrupção Estatal faz com que seja afetada a própria dignidade humana, uma vez que as pessoas carentes e enfermas são simplesmente esquecidas – passando pelas mais diversas necessidades e linhas de abandono – enquanto de um outro lado, o dinheiro desviado dos orçamentos e das políticas públicas que serviriam para implantar o direito social à saúde e, conseqüentemente, todos os demais direitos fundamentais (consagrados, apenas, de maneira formal na Constituição Federal de 1988 e não de forma efetiva e eficaz), está financiando os interesses ilícitos dos agentes públicos.

Observa-se, portanto, que o Brasil está diante de um verdadeiro “Leviatã às avessas” uma vez que a figura do Estado descrita por Thomas Hobbes (1997), como uma instituição forte, formada por inúmeros homens, que protegeria o povo e garantiria à vida em sociedade foi desvirtuada com a própria institucionalização da violência por omissão e pela corrupção; ocasionando a ofensa aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a ofensa à dignidade da pessoa humana fazendo com que a população passasse a caminhar para a desigualdade, injustiça e exclusão social, ou seja, para o seu esquecimento.

É neste ponto que se encontra a população brasileira. No entanto, torna-se imprescindível o “rompimento da bolha”<sup>126</sup> do comodismo para que se possa enxergar que a

---

<sup>126</sup> Expressão utilizada por Gilberto Giacóia (2011).

luta contra a corrupção é um dever de todos, sendo necessário surgir uma nova forma de conscientização do poder.

Este “novo” poder será abordado a seguir como forma de afastar a “banalização do mal” e criar a verdadeira democratização do Brasil.

#### **6.4.5 O poder de mudar a corrupção**

Por meio do estudo apresentado, até o presente momento, é possível observar que o poder sempre esteve ao redor da corrupção, sendo usado de forma maléfica contra a população.

Entretanto, neste diapasão seria necessário nascer uma nova forma de poder – que fosse benéfico e usado em prol da população – que estivesse ligado à vontade de modificação desta atual realidade.

Segundo Eduardo Cambi (2009, p. 189) o funcionamento do regime democrático tem relação direta com o grau de informação do povo, sendo que, de acordo com a ideia de Hannah Arendt, analisada por mencionado autor, o poder nasceria da capacidade humana de agir ou de fazer algo, de se associar com outros e de agir em afinção com eles.

Portanto, nesta seara ganha destaque o papel da educação como formadora de cidadãos e modificadora social. Por este motivo, que no período colonial, o Monarca não incentivava a educação e muito menos a formação de Universidades – assim como fora relatado no tópico sobre evolução histórica da corrupção – uma vez que ele pretendia ter o controle da colônia e das pessoas que nela estavam.

Fica claro, então, que se as pessoas daquela época passassem a “pensar” isso custaria muito “caro” para o Rei que teria que deixar o patrimonialismo de lado e com ele todas as formas de apropriação do público como se fosse privado e, dessa forma, acabaria por afastar, conseqüentemente a própria corrupção.

Esta alegação reside em um único fato: o poder maior existente é o poder da educação. Neste ponto ganha respaldo a citação em destaque:

O que torna a questão da educação tão importante é que esta, quando o sistema está se expandindo, é um canal de mobilidade e de aumento da participação social. E, ao entrar em estagnação, torna-se um fator adicional de diferenciação e estratificação. O que a sociedade precisa, portanto, é que a educação seja considerada como parte da ampliação do próprio conceito de cidadania, da dignidade da pessoa humana,

promovendo valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Conseguido isso, mais perto estaremos de densificar um dos fundamentos do Estado Brasileiro previsto na Constituição Federal [...] (SCHIAVINATTO, 2010, p. 108).

Seguindo o entendimento exposto acima, percebe-se que é possível erguer ou derrubar uma nação por meio da educação e da informação. Uma sociedade intelectualizada irá contestar a corrupção; o patrimonialismo, o domínio/exploração/desvio da coisa pública como se fosse privada; a não efetivação do direito fundamental social à saúde e os demais direitos e, constatar que estas mazelas não possuem uma ligação apenas com os políticos, mas, sim com a sua própria vida uma vez que a ausência de concretização dos direitos fundamentais sentida pela população é resultado da corrupção.

Dessa maneira, a informação – por meio da educação – teria ligação com um “novo” poder, ou seja, um povo bem informado não seria cúmplice da corrupção e iria se rebelar diante das ausências/deficiências na aplicação do direito fundamental social à saúde e aos demais direitos como um todo.

Assim, a informação adequada à população iria modificar a condição atual da democracia que se encontra inerte, passando a ocorrer um avanço significativo com o direcionamento da democracia para o fim a que realmente foi criada, ou seja, participação efetiva da sociedade e, conseqüentemente, o controle dos atos do Estado nas esferas do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Neste ínterim, é de suma importância ressaltar o entendimento de Eduardo Cambi (2009, p. 190):

A democracia direta e participativa, é complementar à representativa, constituindo uma forma legítima de aperfeiçoamento das instituições, tendo como consequência o reencontro da nação com os representantes do povo, da sociedade com o Estado, da democracia com o governo e do cidadão com o administrador (Grifou-se).

Desse modo, seguindo a ideia exposta na citação acima é possível afirmar que o fim da corrupção somente irá acontecer com o restabelecimento dos valores educacionais, morais e éticos, com a participação efetiva do povo na vida pública bem como o reencontro da nação com os representantes do povo, da sociedade com o Estado, da democracia com o governo e do cidadão com o administrador, com o conseqüente restabelecimento de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, onde os direitos fundamentais previstos sejam realmente respeitados e cumpridos saindo da mera previsão da letra “morta” da lei e ganhando espaço na vida das pessoas, além de promover a inclusão social da parcela “esquecida”.

Destarte, dentro da atual realidade – onde o problema é estrutural – é necessário “desconstruir” a totalidade vigente/dominadora/opressiva, afastar o mundo do “Eu” (parcela da população<sup>127</sup> que busca o desvio do patrimônio público para atender interesses privados/particulares/individuais) e “reconstruir” uma nova realidade baseada na preocupação do “Outro” (o outro é o exterior – lógica da exterioridade). Neste caso o outro seria toda a população hipossuficiente e enferma afetada pela corrupção (DUSSEL, 2005).

Portanto, todos são responsáveis por esta mudança. Torna-se, desse modo, necessário que ocorra um despertar por parte da população, ou seja, é vital que ocorra a “ruptura da bolha” do comodismo, que surja a vontade de agir diante da institucionalização da corrupção, quebrando-se esta “ordem” imposta para nascer um “novo” poder que seja voltado para o “fazer” e que não aceite a dominação totalizadora da corrupção.

Esta é a única forma de se afastar a corrente da dominação e exclusão social e fazer despertar um novo Brasil verdadeiramente Democrático de Direito em que o patrimônio público seja destinado àquilo que realmente é público e não aos bolsos de interesses privados.

Somente por meio de políticas preventivas é que será alcançada a inclusão social tão esperada, uma vez que, conforme visto, as leis de repressão são feitas para não serem cumpridas e acabam por beneficiar os corruptos além de gerar a impunidade. Além disso, como a corrupção é um desvio dos costumes, da ética e dos valores em geral isso só será afastado com o restabelecimento destes valores na vida de todos os cidadãos, sendo inevitável, portanto, ocorrer uma “libertação” deste cenário atual, assim como será ressaltado a seguir.

#### **6.4.6 Necessidade de “libertação”: a teoria/filosofia de Enrique Dussel**

Assim, resta claro que é necessária, uma atuação positiva e não omissa do Estado na matéria que permeia a própria concretização do direito à saúde como forma de garantir uma ordem social equilibrada, não violenta e, acima de tudo, democrática.

Nesta feita, a pessoa necessita que seja afastada a violência por omissão do Estado e a corrupção na efetivação dos direitos sociais para garantir, na prática, condições materiais mínimas, como forma de minimizar as desigualdades materiais e sociais que cercam

---

<sup>127</sup> Leia-se: corruptos.

a população brasileira, sendo, portanto, a concretização dos direitos sociais – principalmente o direito à saúde, pois, assim como já cabalmente demonstrado ele é um garantidor dos demais direitos fundamentais – um fim a ser alcançado e um dever do Estado para que seja firmada, realmente, a tão sonhada Constituição Cidadã.

É possível observar, portanto, que há uma totalidade excludente e dominadora – que detém o poder apenas editando leis sem nenhum compromisso com a real concretização dos direitos previstos – que impede a exterioridade, ou seja, assim, como exposto acima, as pessoas vivem sem reação e sem a consciência da “ruptura da bolha”, sendo que esta realidade precisa ser afastada.

Desta maneira, pode-se observar que toda omissão do Estado em não efetivar de forma concreta o direito à saúde gera uma exclusão das pessoas em um mesmo espaço territorial, ocasionando inúmeras desigualdades sociais, o que caracterizaria uma forma de violência não física, mas por omissão.

Dentro deste cenário, pode-se aplicar, novamente, por analogia, a “Filosofia da Libertação” de Enrique Dussel<sup>128</sup> – sobre a exclusão da América Latina diante do modelo opressor do eurocentrismo – em relação à exclusão das pessoas dentro do Brasil diante da não efetivação do direito fundamental social à saúde, o que caracterizaria uma forma de violência por omissão e anulação de todos os demais direitos fundamentais consagrados anteriormente pela Constituição Federal de 1988.

Neste contexto, Enrique Dussel (2005, p. 47) afirma que é necessário manifestar eficazmente “a razão do Outro”. Assim, é necessário que o Estado deixe de lado os interesses de particulares e a mera intenção de positivação de direitos e passe a ouvir as reais necessidades de concretização de direitos de sua população, ou seja, é preciso dar “voz para quem não tem voz” e nem sabe ao certo que é uma pessoa diante de todos os reveses que a vida já lhe trouxe ou negou.

Seguindo a concepção de Rudolf Von Ihering (2004) é possível constatar que o direito é uma força viva e, não apenas, um mero pensamento, ou seja, uma teoria pura e impraticável, sendo imprescindível que ele seja sentido na prática e não só de maneira formal.

É fundamental, portanto, romper com a totalidade/com a ordem violenta imposta que apenas prevê direitos na letra morta da lei, para que todos passem a fazer parte de uma mesma realidade de inclusão social – com a concretização dos direitos fundamentais

---

<sup>128</sup> A analogia que se busca fazer, neste momento, com a obra “Filosofia da Libertação” de Enrique Dussel parte de critérios de totalidade e exterioridade dentro de um mesmo país e não em países diferentes, assim como proposto no livro, que retrata o modelo eurocêntrico e a realidade latino-americana.

sociais – sem qualquer forma de violência praticada pelo Estado e, que sejam afastadas as exclusões e as afrontas/violações ao direito à saúde e a todos os demais direitos fundamentais; atendendo, dessa forma, a democracia e a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, quando o Estado assim não agir torna-se inevitável a sua responsabilização na órbita civil, assim como será trabalhado no próximo capítulo.

## **7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE A INEFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE**

É indubitável que o Estado possui ligação com a questão que envolve a saúde pública assim como fora delimitado no percorrer do presente trabalho. Desse modo, não poderia ser outra senão a presente afirmação.

Para que seja possível entender se há aplicação da responsabilidade civil objetiva do Estado na saúde pública – que é a problemática central deste estudo – faz-se necessário, primeiramente, percorrer a origem histórica da responsabilidade do Estado, bem como o seu conceito, elementos e previsões nas Constituições brasileiras para, logo após traçar, um paralelo entre esta responsabilidade e a ineficácia do direito fundamental social à saúde e da inevitável exclusão social, assim como será realizado a seguir.

### **7.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Estado: da Irresponsabilidade à Responsabilidade Objetiva na Saúde Pública**

Atualmente é possível aplicar a teoria da responsabilidade civil por atos danosos provenientes do próprio Estado sendo certo que referida extensão deverá abranger – assim como será demonstrado – inclusive as ineficiências ou omissões deste Ente na não observância/concretização do direito à saúde, sendo este o objeto de estudo deste capítulo.

Contudo, para que seja possível entender o presente é imprescindível conhecer o passado. Assim, na gênese histórica da responsabilidade do Estado é possível observar quatro fases distintas caracterizadas pela teoria da irresponsabilidade, teoria civilista, teoria publicista e teoria da responsabilidade objetiva que serão analisadas abaixo.

#### **7.1.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado**

Mencionada teoria marca a predominância, neste período, da total irresponsabilidade pelas condutas praticadas pelo Estado – que aparecia e se firmava com um ente soberano em prol de seus súditos – sendo certo que, tudo o que fazia e exercia, era visto

como um “benefício” à população e nunca como uma mazela, uma vez que não cabia ao Estado errar.

Neste compasso, Renan Miguel Saad (1994, p. 49) pontua que:

O Direito romano desconhecia a responsabilidade civil do Estado, que só veio a ser criada, recentemente, pelo liberalismo. No absolutismo, predominou o entendimento de que o Estado, entidade abstrata e *supra partis*, não erra, daí resultando a sua irresponsabilidade: “*The king can do no wrong*”, proclama o aforismo cunhado pelo direito saxão. Por outro lado, entendia-se que eventuais erros, causados pela Administração Pública, constituiriam um risco que todos deveriam correr. O erro do Estado era um erro de todos (Grifou-se).

Dentro desta ideia o Estado aparece novamente como um ser poderoso e absoluto e que, acima de tudo, não cometia erros ou que não poderia fazer mal a ninguém<sup>129</sup> – uma vez que fora criado para proteger as pessoas assim como defendido por Thomas Hobbes na obra *Leviatã* (1997) – ou que, na pior das hipóteses, o erro cometido pelo Estado representaria um erro de toda a população e, por este motivo, não poderia ser questionado e, muito menos, responsabilizado.

A fase da irresponsabilidade do Estado coincide com a própria época do absolutismo. Neste período, é nítida a ideia de soberania exacerbada ligada ao absolutismo<sup>130</sup> que sustentava ideias como a do maior rei absolutista da França, Rei Luis XIV, também conhecido como o Rei Sol, que afirmava que “*L’État c’est moi*” (“O Estado sou eu”) (REI, s.d, s.p.).

Yussef Said Cahali (2007, p. 21) pondera que: “[...] dentro da concepção política do Estado absoluto não podia caber a ideia de reparação dos danos causados pelo Poder Público, dado que não se admitia a constituição de direitos contra o Estado soberano, que gozava de imunidade total [...]”.

Destarte, “o Estado absolutista, sendo soberano, instituía e tutelava o direito. Assim, não havia por parte do Estado a possibilidade de violar a lei, pois em última análise todos os atos por ele praticados seriam em princípio legais” (KOTOVIEZY, s.d., s.p.).

Esta fundamentação servia justamente para afastar uma possível responsabilidade do Estado que permanecia na figura passiva/inativa de toda e qualquer situação, afinal de contas se o Estado era o próprio elaborador e aplicador da lei como ele iria violar dispositivos criados por ele mesmo?

<sup>129</sup> “*Le Roi ne peut mal faire*” (o rei não pode fazer mal) (ARAÚJO, 1999, p.171).

<sup>130</sup> “[...] Os monarcas consideravam-se acima da lei, sendo que, em alguns regimes, tinham o poder sobre a própria vida e os bens dos súditos, vigorando uma isonomia de restrições absoluta [...]” (RIZZARDO, 2007, p.355)

Foi diante da indagação acima que o Estado se escondeu durante anos debaixo do manto da irresponsabilidade, sendo certo que se a ideologia apontada acima ainda reinasse na atualidade o Estado nunca poderia ser responsabilizado diante da não efetivação do direito fundamental social à saúde, uma vez que entender-se-ia que ele não poderia ser punido pela não concretização de uma lei que ele mesmo criou, uma vez que o Estado, dentro desta visão, seria o próprio direito.

Dessa maneira, se o Estado podia fazer “tudo” de forma ilimitada, aquilo que viesse a cometer de errado não seria visto como o seu dever de indenizar.

Frisa-se, ainda, que a evolução histórica do direito à saúde<sup>131</sup> é marcada pela ausência de preocupação do Estado na tentativa de positivizar este direito tendo em vista que se entendia que a doença era um castigo divino e o Estado, por sua vez, nada poderia fazer, sendo esta ideia transferida, também, quando o assunto é a responsabilidade do próprio Estado.

É importante destacar, de acordo com Francisco Fernandes de Araújo (1999, p. 171) que:

[...] não se podia atribuir qualquer responsabilidade ao Estado porque tal significaria colocá-lo em nível igual ao do súdito, o que afrontaria à sua soberania. Os súditos deviam suportar os prejuízos que lhes fossem causados pelos servidores públicos no regular exercício de suas funções. No máximo, apenas se admitia a responsabilidade pessoal dos agentes, quando agissem contra ou extrapolassem os limites legais (Grifou-se).

No entanto, se o Estado era detentor de direitos também deveria comportar obrigações, uma vez que a população detinha direitos, mas também obrigações perante o Estado. Além disso, se a figura do Estado fora criada para proteger as pessoas como poderia não ser responsabilizado no caso de ocasionar danos à própria população?

Desse modo, observa-se que:

[...] a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do direito: se o Estado se constitui para a tutela do direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade (Grifou-se) (CAHALI, 2007, p. 21-22).

Assim, a teoria da irresponsabilidade do Estado não consegue resistir à própria evolução da humanidade (SAAD, 1994, p. 50) e começa-se a ter uma modificação da fase da

---

<sup>131</sup> Assim com fundamentado no tópico: “3.1 Evolução Histórica: da Saúde ao Direito à Saúde”.

total irresponsabilidade do Estado para a teoria denominada civilista onde passa a ser adotada a ideia de culpa.

Dentro desta nova concepção, torna-se inevitável o estudo da teoria civilista que marca o distanciamento do Estado da fase da irresponsabilidade e, conseqüentemente, da própria negação do direito, assim como será analisado abaixo.

### 7.1.2 Teoria civilista

A inevitável adoção da culpa dentro do âmbito da responsabilidade estatal deixa nítido que a teoria civilista enxergava o Estado como um detentor não apenas de direitos, mas, sobretudo de obrigações, o que já representava um tímido progresso ao lado das transformações e anseios sociais.

Neste período, o Estado não poderia mais se escusar de sua responsabilidade perante as demais pessoas, ou seja, não era possível afastar a responsabilidade por atos praticados<sup>132</sup> em posição de igualdade com a população, sob pena de se negar o próprio direito. Ou seja, se o Estado se negasse a ter obrigações continuaria sendo absoluto e estaria negando o próprio direito formulado por ele.

Neste contexto, a teoria civilista – no tocante à responsabilidade do Estado – fora marcada na sua evolução pela ideologia do individualismo liberal do século XIX, adotando-se, em sua formulação, os princípios do Direito Civil, sendo que a culpa fora exigida, inicialmente, para se configurar a responsabilidade civil do Estado e era observada segundo as regras do próprio Direito Civil (ARAÚJO, 1999, p. 172).

Nesta linha de raciocínio é importante destacar que:

O Estado, com efeito, passou a ser encarado – sobretudo a partir do liberalismo – como pessoa dotada de personalidade, capaz de adquirir direitos e obrigações, não podendo se escusar da responsabilidade pelos atos praticados em posição de igualdade com as outras pessoas, sob pena de negação do próprio direito (SAAD, 1994, p. 50) (Grifou-se).

Destarte, o Estado começa a ser visto como um ser detentor de obrigações na órbita civil e, não apenas, um mero sujeito de direitos assim como predominou na fase da

<sup>132</sup> Assim como era feito no período de total irresponsabilidade do Estado e que foi trabalhado no tópico: “7.1.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado”.

irresponsabilidade apontada acima, uma vez que se o Estado tem direitos e obrigações tem que respeitar também quem tem direitos e obrigações, por meio da indenização.

O artigo 15 do Código Civil de 1916 previa, neste sentido, a responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas ao prever que:

**Art. 15.** As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano (Grifou-se).

De acordo com o artigo 15 do Código Civil de 1916, o Estado incorreria em responsabilidade quando fosse caracterizada a culpa de seu agente.

Destaca-se, dentro desta linha de argumentação, que:

Nesta segunda fase da evolução histórica do instituto, a questão se põe parcialmente sobre o terreno civilístico; para deduzir uma responsabilidade pecuniária do Poder Público, fazia-se remissão aos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (empregador ou comitente/preponente, representante, mandante) (CAHALI, 2007, p. 22).

Contudo, a teoria civilista – embora tenha representado um certo avanço – ainda não conseguia cumprir de forma satisfatória a questão da responsabilidade do Estado, uma vez que restringia esta responsabilidade, apenas, aos casos de culpa, sendo esta responsabilidade subjetiva.

Ou seja, no caso do direito à saúde o Estado só poderia ser responsabilizado se comprovada à culpa do agente ao lado da conduta, do nexo de causalidade e do dano suportado pela pessoa, sendo que a responsabilidade do Estado seria, neste caso, indireta devido à culpa de seus agentes.

Neste diapasão, é importante destacar que:

Entendia-se que a culpa da administração derivava da circunstância de seus agentes ostentarem a qualidade de prepostos. Figurava o Estado, assim, como o patrão ou comitente da construção civilística, que respondia de modo indireto pelos atos de seus funcionários. Sua culpa era “in vigilando” ou “in eligendo”, ou seja, exigia-se do Estado, para a configuração de sua responsabilidade civil, a má escolha do representante ou preposto ou a falta de vigilância sobre os mesmos (ARAÚJO, 1999, p. 172) (Grifou-se).

Verifica-se, desse modo, que a responsabilidade do Estado era totalmente limitada, uma vez que era condicionada aos atos de seus agentes o que lhe imputaria a *culpa*

*in vigilando*<sup>133</sup> e *in eligendo*<sup>134</sup>. Neste diapasão, é possível observar que esta era inclusive a previsão das Constituições de 1891<sup>135</sup> e de 1937<sup>136</sup>, ou seja, havia uma relação de preposição como se o Estado fosse o “patrão” e o agente o seu “preposto”.

Todavia, Francisco Fernandes de Araújo (1999, p. 172) pontua que:

Como era difícil, para o particular, demonstrar a existência destas espécies de culpa, por parte do Estado, é fácil imaginar que o poder público frequentemente escapasse da obrigação de reparar. “Un droit porté trop loin devient une injustice” (um direito colocado muito longe torna-se uma injustiça), como diziam os franceses (Grifou-se).

Tendo em vista a citação levantada acima, é possível observar que a teoria civilista não conseguia dar uma resposta a todos os danos provocados pelo Estado à população o que, conseqüentemente, continuava a gerar injustiças devido à distância em que se encontrava o próprio direito.

Por este motivo, embora “[...] tenha tido o mérito de representar uma fenda no princípio da irresponsabilidade, a teoria civilista acabou sendo descartada em razão da insuficiência de seus enunciados” (CAHALI, 2007, p. 23).

Desse modo, “a doutrina subjetiva vigorou até a Constituição de 1946, com a revogação do art. 15 do Código Civil [...]” (JUCOVSKY, 1999, p. 65).

Neste raciocínio, tornou-se inevitável o surgimento de uma nova teoria que afastasse a responsabilidade do Estado das normas de direito privado e que conduzisse referida responsabilidade pelas regras de direito público. Dentro desta constatação surge a teoria publicista que será analisada a seguir.

---

<sup>133</sup> A *culpa in vigilando* não seria imputada se a Administração tivesse cumprido com todas as exigências legais para a vigilância, verificação/observação e controle das atividades desempenhadas pelos seus agentes o que automaticamente afastaria a responsabilidade do Estado (SOUSA, 2006, p. 47).

<sup>134</sup> A *culpa in eligendo* não seria imputável à Administração que ao nomear os seus funcionários fosse obrigada a cumprir as determinações legais para o provimento, o que já demonstraria, por si só, o cumprimento de sua obrigação, no processo de escolha (SOUSA, 2006, p. 47).

<sup>135</sup> Art. 82, da Constituição de 1891: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

<sup>136</sup> Art. 158, da Constituição de 1937: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.

### 7.1.3 Teoria publicista

Assim como apontado anteriormente, não era mais possível aplicar ao Estado as mesmas regras adotadas no Direito Civil entre patrão e empregado e, dessa forma, os atos do agente/funcionário público passam a ser tidos como atos do próprio Estado, não existindo, mais a culpa *in vigilando* e *in eligendo*, que eram previstas na teoria civilista.

É, neste sentido, o entendimento a seguir:

O funcionário não se destaca mais do serviço público. Não mais a culpa “*in eligendo*” ou “*in vigilando*”, por parte do Estado, mas a culpa “*in commitendo*” (ação) ou “*in omittendo*” (omissão) [...]. O funcionário, em seu conduzir-se face ao administrado, fazio-o na qualidade de representante do Estado. Se produzia dano, fazio-a em nome do Estado, dele sendo apenas um instrumento (ARAÚJO, 1999, p. 174).

Observa-se, neste patamar, que dentro desta nova teoria não se falava mais na culpa *in vigilando* e nem na *in eligendo*. No entanto, havia, ainda, a culpa *in commitendo* (ação) e a *in omittendo* (omissão) o que demonstra que a responsabilidade do Estado não estava mais relacionada aos atos falhos de seus agentes, mas, sim, à própria falha do serviço por parte do Estado.

Segundo Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 241) “basta a falha ou o mau funcionamento do serviço público para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados”.

Assim, dentro da teoria publicista merece destaque a tese denominada “da falta do serviço público”, onde não há a indagação da culpa do agente. De acordo com Hildegard Taggesell Giotri (2011)<sup>137</sup> o nome correto da teoria não é “falta” no serviço público e sim “falha” no serviço público uma vez que deriva da expressão francesa “*faute du service*” o que significaria “falha” no serviço e não “falta”.

Neste aspecto, investiga-se a qualidade da prestação do serviço público, não sendo discutido se o agente agiu com culpa ou dolo, ou seja, a falha atribuída ao serviço público não dependeria da falha do agente, mas, apenas de defeitos ou imperfeições na prestação de serviço público que pode se dar devido: a) ao mau funcionamento (atos comissivos eivados de culpa do Poder Público; b) não funcionamento do serviço (pela

<sup>137</sup> Anotações de aula da disciplina “Aspectos Atuais da Responsabilidade Civil” ministrada pela Prof.<sup>a</sup> Hildegard Taggesell Giotri, na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), em Jacarezinho/PR no ano de 2011.

omissão da Administração Pública) e, c) morosidade ou inércia do serviço (o serviço é prestado, mas tardiamente, causando o perecimento dos bens ou graves prejuízos aos direitos das pessoas) (SAAD, 1994, p. 53-54).

Verifica-se, dessa maneira, que houve a transferência da culpa para a atuação administrativa e, dentro deste contexto, caberia ao Estado reparar o dano se fosse comprovado o mau funcionamento, o não funcionamento do serviço ou a falha da Administração o que dá ensejo à culpa publicista ou culpa anônima. (MEDAUAR, 2009, p. 376).

Este defeito, imperfeição ou falha na prestação do serviço público não era, ainda, a própria responsabilidade objetiva, mas, sim, subjetiva, porque baseada na “[...] culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima ou impessoal” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 241)<sup>138</sup>.

Dessa maneira, ainda permanecia a ideia da responsabilidade do Estado relacionada com a concepção de culpa do próprio Estado. Todavia, as transformações sociais acabaram por exigir a responsabilidade do Estado independentemente do elemento culpa, assim como será discorrido no tópico abaixo.

#### **7.1.4 Teoria da responsabilidade objetiva**

Observa-se, desse modo, que os anseios sociais estavam em um patamar diferente da confortável separação existente entre responsabilidade, culpa, falha do serviço público e Estado.

É neste cenário que se evolui a responsabilidade civil do Estado denominada objetiva, uma vez que não necessitava da comprovação da culpa por parte do Estado, pois se partia do fundamento filosófico *neminem laedere*, que significava “a ninguém prejudicar”, sendo este o princípio maior da responsabilidade civil (GIOSTRI, 2011)<sup>139</sup>.

Neste diapasão, “[...] deve preponderar a responsabilidade objetiva do Estado pela razão de as pessoas não poderem afastar a ação nociva, no sentido de redundar prejuízos, do Estado, dada a sua força, o seu poder, a sua autoridade, que se impõem até pelas armas” (RIZZARDO, 2007, p. 361).

---

<sup>138</sup> Neste mesmo sentido: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1989).

<sup>139</sup> Anotações de aula da disciplina “Aspectos Atuais da Responsabilidade Civil” ministrada pela Prof.<sup>a</sup> Hildegard Taggesell Giostri, na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), em Jacarezinho/PR no ano de 2011.

Assim, a responsabilidade objetiva do Estado independe de qualquer culpa seja do agente ou do próprio Estado por meio da falha do serviço público sendo imprescindível, dentro desta nova concepção, a ligação (nexo de causalidade) entre a ação ou omissão do Estado com o dano sofrido pelo particular.

Neste contexto, de acordo com a interpretação feita por Hildegard Taggesell Giostri (2011)<sup>140</sup>, sobre o entendimento de Jean Carbonnier, é importante destacar que o fundamento da responsabilidade objetiva não está firmado em nenhum julgamento de valor sobre a conduta do responsável, ou seja, não precisa caracterizar a culpa ou o dolo, sendo que, dentro desta concepção, é suficiente que o dano se relacione materialmente com esta conduta – o que seria o nexo de causalidade – uma vez que quem exerce uma atividade deve assumir os seus riscos.

Nesta linha de argumentação, é importante pontuar que:

Nesta fase, descarta-se qualquer indagação em torno da culpa do funcionário causador do dano, ou, mesmo, sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. Responde o Estado porque causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 242) (Grifou-se).

Portanto, de acordo com a teoria objetiva, o Estado seria responsável sempre que houvesse uma ligação<sup>141</sup> entre a sua conduta (ação ou omissão) e o dano experimentado pelo particular, independentemente de se provar o elemento culpa.

De acordo com Odete Medauar (2009, p. 377) isso ocorre devido ao preceito da igualdade de todos ante os ônus e encargos da Administração, também conhecido como “solidariedade social”, uma vez que se todos se beneficiam das atividades da Administração, todos (representados pelo Estado) devem compartilhar do ressarcimento dos danos que essas atividades ocasionarem a outras pessoas, devido ao próprio sentido de justiça, que permeia o direito e a própria vida, tendo em vista que o causador do dano fica obrigado a reparar o dano a outrem.

Destarte, restaria sem sentido, o Estado não ser responsabilizado ao acarretar danos à população o que o aproximaria, novamente, da fase da irresponsabilidade que predominou no absolutismo.

---

<sup>140</sup> Anotações de aula da disciplina “Aspectos Atuais da Responsabilidade Civil” ministrada pela Prof.<sup>a</sup> Hildegard Taggesell Giostri, na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), em Jacarezinho/PR no ano de 2011.

<sup>141</sup> Leia-se “nexo de causalidade”.

Todavia, para que seja possível adentrar na teoria da responsabilidade objetiva do Estado dentro das Constituições brasileiras e, posteriormente, traçar um paralelo com o dever fundamental social à saúde, torna-se preciso analisar o conceito de responsabilidade civil objetiva, bem como os seus elementos, assim como será detalhado a seguir.

## 7.2 Conceito e Elementos da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado

Por responsabilidade civil entende-se, como regra geral, que todo aquele que causar um dano a outrem fica obrigado a reparar. Assim, a ideia da responsabilidade civil é justamente fazer voltar o estado anterior ao dano, uma vez que vige o dever de “a ninguém prejudicar”<sup>142</sup>.

Em matéria de responsabilidade objetiva do Estado isso não poderia ser diferente. Ou seja, se há o surgimento de um dano a uma determinada pessoa, por parte da não efetivação de um direito previsto na Constituição Federal de 1988 ou nas demais legislações, é dever do Estado, diante da sua omissão, fazer com que o prejuízo suportado seja ressarcido e que nunca mais volte a ocorrer.

Neste sentido, Odete Medauar (2009, p. 375) afirma que: “*a responsabilidade civil do Estado* diz respeito à obrigação a este imposta de reparar danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões [...]” (Grifo do autor).

Por sua vez, Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 1) ressalta que: “[...] a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa”.

Destarte, cabe ao Estado cumprir/fazer o que fora previsto constitucionalmente para que os direitos não sejam apenas simbólicos e sem efetividade prática. Diante desta constatação, torna-se imperioso, analisar a responsabilidade objetiva do Estado com base em três elementos: conduta (ação ou omissão), nexo de causalidade e dano, independentemente da culpa.

Neste cenário, a responsabilidade objetiva do Estado é o dever que este possui de reparar os danos gerados a uma pessoa diante de uma conduta ligada diretamente a este dano por meio do nexo causal, não sendo admissível nenhuma discussão no sentido de

---

<sup>142</sup> Assim como apontado anteriormente no tópico: “7.1.4 Teoria da responsabilidade objetiva”.

demonstrar que o Estado não agiu com culpa, uma vez que esta é elemento dispensável dentro da responsabilidade objetiva do Estado.

Dentro desta sistemática, observa-se que, para que o Estado seja responsabilizado é necessário, apenas, que estejam presentes os três elementos/pressupostos elencados acima, quais sejam: conduta (ação ou omissão), nexo de causalidade e dano.

Abstraindo a afirmação acima para a saúde pública é possível afirmar que haverá violação ao direito fundamental social à saúde quando o Estado praticar uma ação, mas esta traz danos/prejuízos ao paciente – como, por exemplo, o Estado fornece atendimento gratuito em hospital público, mas a pessoa contrai Hepatite B em uma transfusão de sangue ou recebe sangue incompatível com o seu tipo sanguíneo, tendo a sua situação de saúde agravada – ou de uma omissão do Estado (na hipótese deste não fornecer atendimento satisfatório em redes públicas de saúde e o paciente vir a falecer aguardando uma vaga).

Desse modo, ao não efetivar o direito fundamental social à saúde previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 caracterizada está a omissão do Estado que nada mais é do que “[...] *non facere* relevante para o Direito, desde que atinja a um bem juridicamente tutelado” (STOCO, 2004, p. 131) que, no presente caso, seria a própria vida da pessoa.

Interpretando a ideia de Rui Stoco (2004, p. 131 e 132) é possível afirmar que a omissão é uma conduta negativa que surge porque o Estado não realizou/cumpriu determinada ação prevista na Constituição Federal de 1988 ou nas demais legislações como a Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/90).

Tanto a ação como a omissão do Estado devem ocasionar um dano a uma pessoa, sendo que este dano não teria ocorrido se não fosse a conduta do próprio Estado. O liame que une ação/omissão do Estado ao dano experimentado pela vítima, nada mais é do que o nexo de causalidade, sendo este elemento, indispensável para a configuração da responsabilidade civil do Estado.

Portanto, diante de todas as considerações levantadas acima é possível observar que a responsabilidade civil objetiva é a que deve prevalecer diante do desrespeito do Estado na concretização do direito fundamental social à saúde. Todavia, o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado é anterior à própria Constituição de 1988, assim como se verá a seguir.

### 7.3 Responsabilidade Objetiva do Estado: Previsão nas Constituições Brasileiras

É inquestionável a grande contribuição que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao reconhecer o direito à saúde como um direito fundamental e ao pontuar no artigo 196 que a saúde é um “direito de todos e dever do Estado”, dando ensejo à discussão sobre a própria responsabilidade objetiva do Estado dentro desta seara.

Contudo, em termos gerais, a responsabilidade objetiva do Estado já havia sido prevista em outras Constituições, assim como assevera Renan Miguel Saad (1994, p. 54) ao afirmar que: “a responsabilidade objetiva do Estado foi admitida, pela primeira vez no direito brasileiro, pela Constituição Federal de 1946, seguindo-a as posteriores”.

Previa, assim, a Constituição Federal de 1946 em seu artigo 194 que: “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”.

Destaca-se que referido artigo, não fazia menção à culpa seja do agente ou do Estado, limitando à responsabilidade do Estado à presença dos seguintes elementos: conduta (ação ou omissão), nexos de causalidade e dano suportado pela vítima.

Desse modo, Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 246) pontua que:

[...] a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita da culpa, mas, tão somente, da relação de causalidade. Provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima do serviço. O dever de indenizar da Administração impor-se-á por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos (Grifou-se).

De acordo com Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 246): “uma vez entronizada no texto constitucional brasileiro, a responsabilidade objetiva do Estado de lá não mais foi retirada”.

E, prossegue citado autor, ao destacar que: “[...] até mesmo nas Constituições de 1967 e 1969, outorgadas pelo regime militar autoritário, foi ela mantida nos arts. 105 e 107, respectivamente, nos mesmos termos da Constituição de 1946” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 246).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 previu em seu artigo 37, parágrafo 6º que: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços

públicos responderão pelos danos que seus agentes<sup>143</sup>, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa<sup>144</sup>”.

Resta, assim, demonstrado que o Estado responderá de forma objetiva independentemente de ser demonstrada a sua culpa e poderá exercer o seu direito de regresso contra o seu agente se este agiu com dolo ou culpa.

Neste ponto, interessará, apenas, a conduta do Estado (ativa ou omissa), o nexo de causalidade e o dano quando se falar em responsabilidade objetiva do Estado, onde independerá a culpa deste Ente.

Ressalta-se, dessa forma, que a responsabilidade do Estado começa a ser vista não mais sob os aspectos subjetivos que imperaram até então, mas sim sob a ótica da própria vítima que fora prejudicada pelo evento danoso, uma vez que cabe ao Estado “a ninguém prejudicar”.

Em matéria de saúde pública, por sua vez, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 consagrou que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” deixando evidente, também, à responsabilidade objetiva.

Neste compasso, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 ao prever que a saúde é um dever do Estado deixou nítido que o Estado é o responsável, objetivamente, pelo não cumprimento/efetivação da teoria prevista no artigo 6º, também, da Constituição Federal de 1988 que dispõe que a saúde é um direito fundamental social.

Ou seja, a não concretização do direito fundamental social à saúde implica na responsabilidade objetiva do Estado por expressa legitimação do artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Dentro deste raciocínio, basta à comprovação da conduta do Estado (ação ou omissão), nexo de causalidade e dano à pessoa enferma para que seja possível aplicar a responsabilidade civil objetiva do Estado.

Dentro deste contexto, destaca-se que:

Os atos, isto é, as ações, as condutas, o procedimento, a atuação, as obras, as investidas, a prestação de toda ordem de serviços, podem acarretar a responsabilidade do Estado, bem como as omissões, verificadas na falta de ações, de condutas, de procedimento, de atuação, de obras, de investidas, de prestação de serviços, se a tanto estava obrigado (RIZZARDO, 2007, p. 362) (Grifou-se).

Neste ponto, à medida que o Estado, que fora idealizado na teoria e caracterizado, inicialmente, na figura do Leviatã por Thomas Hobbes (1997), chama para a si

---

<sup>143</sup> Até esta primeira parte do artigo configura-se à responsabilidade objetiva do Estado.

<sup>144</sup> Esta segunda parte do artigo já demonstra a responsabilidade subjetiva do agente.

à tutela/proteção do direito social à saúde (artigo 6º, da Constituição Federal de 1988), mas, na prática, acaba omitindo-se e não cumprindo com as chamadas “prestações sociais” – o que pode ocorrer, assim como visto, por meio do desvio de finalidade do dinheiro público empregado (corrupção)<sup>145</sup> – surge o seu dever de reparar os danos suportados por toda a parcela da população afetada, tendo em vista a existência de uma conduta (não efetivação/concretização dos direitos fundamentais sociais que foram positivados), um dano a um cidadão (como por exemplo: não atendimentos em rede pública de saúde e, conseqüente agravamento do seu quadro de saúde ou óbito) e a ligação deste dano com aquela conduta (nexo de causalidade) sendo a responsabilidade do Estado sempre objetiva.

Destarte, “[...] não funcionando um serviço de prevenção, desde que organizado em condições idôneas para atender, e solicitada intervenção, ou ciente a autoridade da obrigação de atender, configura-se a responsabilidade pelos danos que acontecerem” (RIZZARDO, 2007, p. 365).

Além disso, a responsabilidade objetiva do Estado abarcará as suas três esferas: Executivo, Legislativo e Judiciário assim como determina o artigo 37, caput, ao estabelecer que: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Desse modo, assim como previsto no capítulo anterior quando detectada à corrupção tanto no Legislativo, ou Executivo ou Judiciário haverá a responsabilização do Estado, devido ao desvio de dinheiro público que será destinado a finalidades particulares em detrimento da efetivação dos direitos fundamentais de toda a população.

De acordo com Rui Stoco (2004, p. 118) é importante destacar que:

Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de Justiça existente no grupo social estratificado. [...]. Do que se infere que a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, *neminem laedere* (Grifou-se).

Neste sentido, responsabilizar seria a exteriorização da própria Justiça tão aguardada/esperada por toda a sociedade, sendo certo que, no conflito entre o direito e a justiça é esta que deverá imperar.

---

<sup>145</sup> Assim como demonstrado no capítulo anterior.

Portanto, a responsabilidade do Estado deve ser aplicada diante da não concretização do direito fundamental social à saúde como forma de justiça e de inclusão social das pessoas doentes e hipossuficientes assim como será exposto na sequência.

#### **7.4 Responsabilidade Objetiva do Estado na Seara da Saúde Pública: um Dever Fundamental**

Seguindo a argumentação acima, é possível afirmar que quando foi previsto de maneira “simbólica” a saúde como um direito fundamental de toda a população (artigo 6º da Constituição Federal de 1988) e assegurado que a saúde seria um dever do Estado (artigo 196 da Constituição Federal de 1988) houve à legitimação da responsabilidade civil objetiva deste Ente em caso de descumprimento e não operacionalização do direito fundamental social à saúde.

Neste contexto, Ricardo Augusto Dias da Silva (2010, p. 86) pontua que:

[...] além das características e dimensões inerentes ao Direito Fundamental à saúde, esta apresenta-se também como um dever fundamental do Estado, da sociedade e da própria pessoa consigo mesma, fundamentada no caráter da irrenunciabilidade da dignidade da pessoa humana (Grifou-se).

Assim, a saúde além de ser um direito fundamental social pertencente a todas as pessoas também é um dever fundamental do Estado perante a população uma vez que – assim como trabalhado anteriormente – ele seria a própria personificação do Leviatã.

Portanto, por ser a saúde pública um dever fundamental obriga/vincula o Estado na sua operacionalização como tentativa de efetivar todos os demais direitos fundamentais e garantir a inclusão social.

O Estado, por sua vez, ao ter disciplinado no artigo 196 da Constituição Federal de 1988 que a saúde era seu dever teve a nítida intenção de conferir, apenas, uma reposta simbólica à população sem nenhuma intenção real em se vincular ao cumprimento do que fora disposto e por acreditar que as pessoas se conformariam com esta mera “carta” inativa de direitos sem buscar a efetivação deste dispositivo.

Dessa maneira, o Estado acabou “abrindo as portas” da sua própria responsabilização e sempre será responsabilizado quando houver desvio de dinheiro

público<sup>146</sup> e, conseqüentemente, não atendimento das demandas ligadas à área da saúde, vindo o paciente a ter o seu quadro de saúde agravado ou até mesmo vindo a óbito por não ter conseguido, por exemplo, um leito na UTI, ou diante da ausência e do não fornecimento de um medicamento de alto custo, ou da não realização de uma cirurgia de emergência, dentre outros.

Por sua vez, o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988 reforça a ideia da saúde como um dever do ente público ao afirmar que é competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública.

Soma-se a isso, o artigo 30, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que compete ao Município, “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”.

Da simples análise destes dispositivos constitucionais resta caracterizado que a saúde é responsabilidade dos entes públicos, sendo certo que estes não podem se esquivar no cumprimento do dever que fora assumido na Constituição e perante toda a população e, diante da não operacionalização deste direito – com a conseqüente afetação de todos os demais direitos fundamentais, assim como defendido no transcórre do presente trabalho – haverá a indiscutível responsabilidade civil objetiva do Estado, sendo desnecessária qualquer tentativa no intuito de comprovar que o Estado não agiu com culpa.

A Lei n.º 8.080/90 também consagrou a ideia de responsabilidade solidária entre a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios ao prever em seu artigo 7º, inciso IX, a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera do governo, assim como já era previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 198, inciso I, tendo em vista à própria regionalização e hierarquização da rede de serviço da saúde.

Por este motivo, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a há responsabilidade solidária dos três entes federados em relação ao direito à saúde, “podendo quem detiver legitimidade para figurar no polo ativo optar livremente por quem desejar acionar, se União, Estados e Distrito Federal ou Municípios” (SILVA, 2010, p. 95).

Neste sentido, é importante destacar o julgado abaixo do Supremo Tribunal Federal:

---

<sup>146</sup> Como, por exemplo, por meio da corrupção.

**EMENTA:** Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Dje n.º 76. Divulgação: 29 abr. 2010. Publicação: 30 abr. 2010)

De acordo com a jurisprudência elencada acima há a responsabilidade solidária entre a União, Estados, Distrito Federal e Município em matéria relacionada à saúde pública. Desse modo, o Estado, por exemplo, não pode deixar de cumprir com o seu dever fundamental de operacionalizar a saúde da população alegando que se trata de uma obrigação da União. Ou seja, um ente da Federação não pode – para se escusar de seu dever – transferir a sua responsabilidade a outro.

Além disso, segundo o julgado acima, o medicamento necessário para o aumento de sobrevida e da melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann Pick Tipo C (doença neurodegenerativa rara) não pode ser posto em último plano sob a alegação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e segurança pública do Estado, uma vez que como visto no capítulo 4<sup>147</sup> o orçamento nunca poderá ser priorizado acima da própria saúde pública, uma vez que esta representa o mínimo existencial necessário para a concretização da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais.

Caso o Estado não respeite esta máxima e não conceda o medicamento ao paciente que dele necessite haverá a sua responsabilização se restar caracterizado que a sua conduta (omissão no não fornecimento deste medicamento) está materialmente ligada a o dano na saúde desta pessoa (óbito ou agravamento e irreversibilidade do quadro de saúde, por exemplo) por meio do nexo de causalidade.

Isso se verifica uma vez que o dever do Estado é extremamente amplo e abarca todos os aspectos relacionados ao próprio conceito de saúde o que leva à conclusão de que questões orçamentárias e de discricionariedade administrativa não podem ser postas como escusas para justificar a ausência de atendimento integral que fora previsto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.080/90 (MAPELLI JÚNIOR, COIMBRA e MATOS, 2012, p.25).

<sup>147</sup> Mais precisamente no tópico: “4.3 Maximização do Mínimo Existencial: Prioridade Orçamentária deste Instituto como Forma de Inclusão Social”.

Neste ponto, se a pessoa propõe uma ação na tentativa de receber este medicamento e de exercer o seu direito de acesso à justiça e, conseqüentemente, de acesso à saúde e o juiz concede a tutela antecipada, mas o Estado não confere o medicamento sob a alegação de que não tem recursos disponíveis haverá a responsabilidade objetiva sempre que restar caracterizado que a demora ou o não fornecimento prejudicou a saúde e a vida deste paciente.

Nesta linha de desenvolvimento, Fernando Facury Scaff (2011, p. 117) destaca o posicionamento do ministro Celso de Mello, na Petição n.º 1.246-1, proveniente de Santa Catarina:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que as razões de índole ético-jurídicas impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida (Grifou-se).

Desse modo, nada, absolutamente nada, pode estar acima da própria saúde e vida da pessoa. O desvio do compromisso do Estado em garantir o direito fundamental à saúde por motivos egoísticos, financeiros e secundários acaba por conduzir o Estado à sua inevitável responsabilização devido ao descumprimento do dever fundamental que possui de efetivar à saúde pública para toda a população, que aguarda o seu reconhecimento como pessoa e, portanto, detentora de direitos reais e não teóricos e fictícios.

Sendo assim, de nada adiantará o Estado alegar em sua defesa que se trata de um medicamento de alto custo não abrangido pelo Sistema Único de Saúde, ou que o tratamento requerido é experimental ou que ainda fornecer um medicamento/tratamento de alto custo acabaria colocando em risco à saúde de outras pessoas que precisam de tratamentos mais simples, como por exemplo: hipertensão arterial, diabetes, dentre outros, devido às limitações de recursos públicos.

Estes apontamentos são meros engodos do Estado como forma de voltar à era de sua total irresponsabilidade e repassar os ônus do descumprimento deste direito à população hipossuficiente e enferma e isto não poderá prosperar nunca, uma vez que assim como fora demonstrado anteriormente<sup>148</sup>, quem financia o próprio Sistema Único de Saúde é a população brasileira por meio de pagamentos de impostos como se este fosse um grande

---

<sup>148</sup> No tópico: “4.3 Maximização do Mínimo Existencial: Prioridade Orçamentária deste Instituto como Forma de Inclusão Social”.

plano de saúde. Assim, como é possível utilizar o dinheiro arrecadado pelas pessoas – que em 2012 permeou a média de R\$ 8.230,31 (oito mil, duzentos e trinta reais e trinta e um centavos) por brasileiro (AMARAL, OLENIKE e AMARAL, 2013, p. 2) – para outra finalidade que não a própria garantia da saúde e da sua vida?

Portanto, “[...] quando nos referimos à responsabilidade do Estado, devemos compreender que surgirá toda vez que uma pessoa haja sofrido lesão ocasionada pelo Estado, devendo ser indenizada por ele” (ROCHA, 2011, p. 42).

Nesta linha de argumentação, destaca-se que:

Os serviços e ações de saúde são serviços públicos, conforme determinação do já referido inciso II do artigo 23 da Constituição. Esta característica já indica: (i) a responsabilidade do Estado por prestá-los, o que também pode ser feito por quem lhe faça as vezes; (ii) a aplicação do regime jurídico de direito público em sua prestação; (iii) a incidência da supremacia do interesse público e de restrições especiais neste regime jurídico, justamente por ser regido pelos interesses públicos; (iv) a finalidade de satisfação da coletividade (SALAZAR e GROU, 2009, p. 19) (Grifou-se)

Observa-se, desse modo, que há a responsabilidade do Estado na prestação de serviços e ações de saúde com a finalidade de garantir a satisfação das necessidades da coletividade que sempre devem imperar sobre as necessidades individuais de políticos e representantes das esferas Legislativa, Executiva e Judiciária.

Além disso, observa-se que o dever do Estado na operacionalização do direito fundamental social à saúde tem ganhado força no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Dentro desta afirmação, observa-se que o próprio Supremo Tribunal Federal vem se destacando em ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. Nesta linha de raciocínio Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo (2008, p. 151) interpretam o julgamento do AgRg no RE 271.286/RS (DJ 24.11.2000) no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu o dever do Estado em oferecer o tratamento a pacientes portadores de HIV positivo, tal como já previsto pela Lei n.º 9.313/96. Sendo que em sede de responsabilidade civil do Estado esta será sempre objetiva (STOCO, 2004; CAVALIERI FILHO, 2010 e GONÇALVES, 2010).

Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também vem entendendo pela responsabilidade objetiva do Estado. Assim, merece destaque a jurisprudência à seguir que vem coroar tudo o que fora explanado acima:

**EMENTA:** DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. REJEIÇÃO DE RIM TRANSPLANTADO. NEXO CAUSAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07 /STJ. 1. Consignado pelo acórdão recorrido que o Estado do Rio de Janeiro fora compelido, por decisão judicial, a fornecer ao recorrido a medicação necessária para evitar a rejeição do rim transplantado, restou inequívoca a sua legitimidade ad causam passiva para a ação indenizatória, porquanto, sponte sua estagnou o fornecimento a que restara obrigado judicialmente, ocasionando o ilícito in foco.

2. Destarte, instado a cumprir a decisão judicial, a sua omissão configurou inequívoca responsabilidade em face da rejeição do órgão transplantado, ante a ausência do medicamento.

3. Deveras, restou assente na instância local que: "A saúde pública é um serviço de competência comum a todas as esferas da Federação e para a sua melhor execução foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual o Hospital Universitário Pedro Ernesto é participante. A alegação de que o referido hospital possui personalidade jurídica distinta da do Estado, não afasta legitimidade do Embargante, uma vez que aquele atua como longa manus deste na distribuição da saúde. Além disto, o que se discute neste feito é a responsabilidade pelo não fornecimento de medicamento necessário para evitar a rejeição de órgão transplantado, obrigação única e exclusiva do ente público e não do Hospital Pedro Ernesto".

4. Outrossim, "o laudo pericial de fls. 541 usque 544 é conclusivo quanto ao nexo de causalidade entre a suspensão no fornecimento da medicação imunossupressora e a perda do rim transplantado."

5. Desta sorte, "não há como se amparar a tese de que o dano decorreu exclusivamente dos riscos da complicada cirurgia a que fora submetido o Embargado, uma vez ter ficado comprovado tecnicamente que o quadro clínico do paciente evoluiu após a utilização da medicação 'sandimmun' e que em decorrência de sua interrupção houve a falência total do órgão" (fls. 696)

6. Assentando o aresto recorrido o nexo de causalidade entre a omissão do Estado do Rio de Janeiro no fornecimento de medicamento e o dano sofrido pelo ora recorrido foi constatado pelo Eg. Tribunal a quo, assim, decisão em sentido contrário em sede de recurso especial ensejaria minucioso reexame do material fático-probatório dos autos, esbarrando no enunciado da Súmula nº 07 desta Corte. Precedentes: STF, RE 257.090/RJ; RE 140.798/SP; STJ, AgRg nos EDcl no AG 244.454/GO. 7. Recurso Especial desprovido (REsp. n.º 686208 RJ 2004/0112790-9. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 15 jun. 2005. Publicação: DJ 01 jul. 2005) (Grifou-se)

Na jurisprudência citada acima resta cabalmente demonstrado que a rejeição do rim transplantado do paciente (dano) se deu única e exclusivamente pela ausência do medicamento por parte do Estado (omissão), sendo que o dano suportado pelo paciente está intimamente ligado à conduta do Estado por meio do nexo de causalidade.

Inclusive, de acordo com mencionado julgado, consta no laudo pericial o nexo de causalidade entre a suspensão do fornecimento da medicação imunossupressora (omissão do Estado) e a perda do rim (dano ao paciente), além da comprovada melhora do paciente quando estava recebendo este medicamento e, a falência do órgão, quando da interrupção do fornecimento pelo Estado.

São situações absurdas como estas que não devem mais prosperar dentro da saúde pública brasileira. Neste contexto, observa-se que:

Com efeito, tanto o STF, quanto o STJ, quando provocados, majoritariamente têm decidido por prestigiar o *mínimo existencial*, notadamente nas demandas de caráter individual, a partir de elementos consistentes, de provas inequívocas em cada caso concreto, do dever do Estado em prover através de prestações o direito à saúde pugnado na via judicial (SILVA, 2010, p. 96) (Grifou-se).

Com base na afirmação pontuada acima é possível observar que tanto o Supremo Tribunal Federal (STF) como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem aplicando, majoritariamente, o mínimo existencial quando o assunto é a saúde pública em detrimento da própria reserva do possível e da limitação orçamentária.

Neste diapasão, a responsabilidade civil do Estado surge, também, diante do quadro de corrupção que atinge a esfera Legislativa, Executiva e Judiciária<sup>149</sup> e impede que o dinheiro desviado seja repassado para a efetivação do direito fundamental social à saúde. Assim, o Estado se afastou da sua função de proteger e garantir a efetivação do mínimo necessário em matéria de direitos fundamentais; além de ter se desvirtuado da finalidade a qual fora criado e ter implantado a violência por omissão ao não concretizar o direito à saúde e, conseqüentemente, não efetivar os demais direitos fundamentais. Assim, a responsabilidade também serve como uma forma de evitar que estas condutas voltem a acontecer e a se repetir como se fossem normais.

Observa-se, assim, que:

Nesse passo, infere-se que essas constantes decisões dos Tribunais Superiores têm ensejado cada vez mais o reconhecimento da dimensão do direito à saúde como um Direito Fundamental, e não apenas como um direito social de eficácia contida, superando-se assim a natureza programática da norma constitucionalmente estabelecida. É o reconhecimento pelo Poder Judiciário de que entre a não eficácia e a eficácia absoluta da norma relativa ao direito à saúde existe um grande espaço para se construir a justiça social, num processo democrático no qual tem fundamental importância e essencialidade, em que a cidadania ainda deposita a esperança de garantia de sua dignidade (SILVA, 2010, p. 97) (Grifou-se).

Dessa maneira, para que seja possível falar em justiça social torna-se imprescindível à concretização do que fora exposto na letra morta da legislação e não mais a mera edição de legislações simbólicas e que não possuem o real condão de efetivar direitos.

É importante destacar, dentro desta linha de argumentação que:

[...] das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e

<sup>149</sup> Assim como abordado no capítulo anterior.

contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador (SARLET, 2007, p. 9) (Grifou-se).

Neste contexto, a efetivação do direito fundamental social à saúde não pode ser visto como um “ato de caridade” ou mesmo uma carta de “boas intenções” por parte do Poder Público e sim como um dever deste em concretizar àquilo que fora consagrado no texto da lei, sendo indiscutível que, diante da não observação deste dever, caberá à responsabilização objetiva do Estado.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que:

**EMENTA:** [...] FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) [...] A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.  
- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas neles depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (RE n.º 393.175 – AgR./RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento 12 dez. 2006) (Grifou-se).

Destarte, a simples previsão na Constituição Federal de 1988 e em outras legislações, como a Lei n.º 8.080/90, do direito à saúde sem a real intenção em operacionalizar a previsão legal, acaba por ofender os direitos das pessoas – sobretudo as mais hipossuficientes e doentes – à devida inclusão social por ficarem fora da proteção do Estado sem terem a devida tutela do direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, às margens do direito, afastando, dessa forma, a eficácia dos direitos fundamentais o que ocasiona na sensação de ineficácia destes direitos e a perpetuação da injustiça social, sendo imprescindível, dessa forma, ocorrer à responsabilização e a libertação da omissão e da ineficácia do Estado, que representam uma afronta ao direito fundamental à saúde (e, conseqüentemente aos demais direitos fundamentais) e que seja garantido o acesso amplo e concreto à saúde afastando este direito da mera teoria e da “promessa constitucional”.

Além disso, é preciso que o Estado observe, também, o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor que estabelece:

**Art.22.** Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.  
**Parágrafo único.** Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código (Grifou-se).

Verifica-se, assim, que os serviços relacionados à saúde pública que são oferecidos pelo Estado precisam ser adequados, ou seja, nenhuma pessoa sendo atendida nos corredores do hospital, atendimento médico eficiente e com qualidade, leitos de internação e da UTI suficientes para atender os pacientes com segurança.

Neste sentido, Julio Cesar de Sá da Rocha (2011, p. 45) pontua que “o Poder Público não pode furta-se a reparar danos causados aos administrados quando, por exemplo, não ocorrer atendimento de paciente na espera de cuidados de saúde em estabelecimento pertencente ao Sistema Único de Saúde”.

A gravidade desta situação aumenta quando a pessoa doente – que busca um atendimento no hospital público pelo Sistema Único de Saúde (SUS) – acaba tendo o seu quadro de saúde prejudicado como, por exemplo, pela contaminação do vírus HIV em uma transfusão de sangue, ou pelo uso de material não descartável, ou por ter contraído uma infecção hospitalar logo após uma cirurgia ou por ter recebido medicamento errado ou substância qualquer no lugar do medicamento.

É neste contexto, a jurisprudência a seguir, onde fica nítido à responsabilidade objetiva do Estado:

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado (art. 37, parágrafo 6º, CF). Contaminação pelo vírus HIV. Hospital Público (Transfusão sanguínea). Prescrição quinzenal inócua. Dec. Federal 20.910/1932 (art. 1º). (REsp 140.158/SC – Recurso Especial 97/0048682-6, DJ 17.11.1997, p. 59458 – Relator Ministro Milton Luiz Pereira) (Grifou-se).

Neste mesmo sentido, Rui Stoco (2004, p. 1101) destaca o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP):

Reparação de Danos. Responsabilidade civil de hospital municipal e da prefeitura local. Transfusão de sangue contaminado pelo vírus da AIDS, injetado em recém nascido, com eclosão de seu flagelo nos anos que se seguiram [...] ( TJSP – 8.ª C. Direito Público – Ap. 177.521 – Rel. Pinheiro Franco – j. 22.11.2000 – Bol. AASP 2225/1929).

Portanto, o que se espera é que o Estado não seja omissivo na área da saúde e quando ele atue esteja pautado no serviço de qualidade enxergando cada paciente como uma

vida em separado e com dignidade e não, apenas, como mais uma pessoa que está sendo atendida para que seja possível efetivar não só o direito à saúde, mas, também, o seu direito fundamental de inclusão social.

### **7.5 A Responsabilidade Objetiva do Estado como Forma de Garantir à Inclusão Social da População Hipossuficiente**

As inúmeras negações do direito à saúde da população hipossuficiente e enferma e seus reflexos nos demais direitos fundamentais (tais como vida com dignidade, moradia, educação, trabalho, dentre outros) conduz esta pessoa a um quadro de amputação e de sonegação de direitos, de recolhimento/exclusão e da sua negação enquanto ser humano.

De acordo com Ana Paula Polacchini de Oliveira (2010, p. 56) “o posicionamento do povo continua na margem inferior da independência que, com os pés no chão ou mesmo de sapatos, continua contido ou marginalizado”.

Os resultados são drásticos ao se constatar que este cenário conduz à marginalização destas pessoas que desconhecem os seus direitos mais básicos e passam a perambular pela vida sem encontrar nela um sentido para tanta desigualdade e, sem se enxergar como uma pessoa detentora de direitos, uma vez que – na maioria das vezes – nem sabem ao certo que possuem “o direito a ter direitos”, assim como era apontado por Hannah Arendt (2000).

Neste compasso, quando o Estado não promove a efetivação do direito fundamental social à saúde – seja por meio da descompromissada e simbólica positivação de direitos; seja por meio da priorização do orçamento em detrimento do mínimo existencial devido a alegação da reserva do possível; seja por meio da não operacionalização da tutela jurisdicional conferida pelo Estado; seja por meio da violência operacionalizada na omissão e da corrupção que afeta o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – que é previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, torna-se inevitável que ocorra a sua responsabilização civil objetiva, como forma de efetivar o direito à saúde e, conseqüentemente, impulsionar o direito fundamental à inclusão social.

Neste patamar, destaca-se o entendimento de Jairo Néia Lima (2012, p. 122) ao pontuar que: “direitos sociais e direito fundamental à inclusão social imbricam-se e formam,

em conjunto, um sistema protetivo apto a proporcionar ao intérprete e aplicador do direito um arsenal normativo superador e transformador da realidade excludente (Grifou-se).

Dentro desta linha de raciocínio, é importante destacar que:

Nesse ponto, pode-se encontrar a estreita relação que une os direitos sociais e o direito fundamental à inclusão social. Ambos carregam o caráter reordenador, de transformação da vida social com o intuito de diminuir a distância que separa os detentores da riqueza econômica daqueles que tentam sobreviver (LIMA, 2012, p. 117) (Grifou-se).

Nesta linha de desenvolvimento, não há que se falar em direito fundamental à inclusão social sem antes percorrer os campos da ineficácia do direito fundamental social à saúde, uma vez que a efetivação do direito fundamental à inclusão social está intimamente relacionada/ligada à efetivação de outros direitos fundamentais com destaque principal para a saúde pública.

Isso porque, assim como já exposto – no percorrer deste estudo – o direito fundamental social à saúde poderia ser equiparado a uma “peça de engrenagem” que movimenta um “maquinário” denominado vida e, conseqüentemente, outros direitos fundamentais.

A vida, por assim dizer, não é limitada a uma mera sobrevivência. A vida que aqui se discute é a vida digna onde houve a maximização do mínimo existencial, em detrimento da reserva do possível, como forma de concretizar o direito à saúde e de garantir, sobretudo, a efetivação dos demais direitos fundamentais.

Nesta busca de efetivar os demais direitos fundamentais ganha força a própria inclusão social, por ser também, o mínimo que a pessoa deve esperar enquanto pessoa para que ela possa se visualizar como cidadã.

Neste linear destaca-se que:

Não é outro, também, o ideal perseguido pelo direito fundamental à inclusão social, já que se consubstancia na positivação jurídica de vantagem conferida ao indivíduo para que a ele sejam proporcionadas condições para o desenvolvimento consciente e pleno de sua potencialidade humana, a fim de ser sujeito da própria história, liberto de dependências que sequer supunha sofrer, e de poder interferir democraticamente nas decisões que afetem sua vida e a coletividade (LIMA, 2012, p. 121-122) (Grifou-se).

Assim o direito fundamental à inclusão social só será efetivado diante do compromisso real – e não teórico – do Estado em proporcionar concretamente o direito

fundamental social à saúde e afastar a realidade excludente que impera e ganha força nos dias atuais.

Neste aspecto, “os direitos sociais e o direito fundamental à inclusão social, portanto, não podem abrir mão da tarefa de reajustar as forças sociais para que promovam a redução da exploração e marginalização a que os hipossuficientes estão sujeitos na atualidade” (LIMA, 2012, p. 119).

Destarte, o tratamento com dignidade das pessoas que estão enfrentando algum problema de saúde, ou seja, o respeito a estes pacientes só pode resultar em um único ponto: na vontade de viver e de contribuir no seu meio social, dentro da democracia direta e participativa não mais coadjuvante de sua trajetória, mas sim como protagonista desta grande trama que é a vida.

São tempos de inadiáveis mudanças, ainda mais em um país como o Brasil – detentor de inúmeras desigualdades sociais, regionais, econômicas, educacionais, culturais e de acesso à saúde – onde “é mais fácil condenar quem já cumpre pena de vida”<sup>150</sup>.

Desse modo, é preciso conferir direitos fundamentais concretos e não simbólicos – como forma de concretização da dignidade da pessoa humana – para esta “Brava gente, brasileira”!

---

<sup>150</sup> Trecho da crítica realizada em forma de música (“Sou Classe Média”) do compositor Max Gonzaga (s.d., s.p).

## CONCLUSÃO

Observa-se – de acordo com os apontamentos elencados no transcorrer do presente trabalho – que não basta mais à simples positivação do direito social à saúde nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, uma vez que prever direitos em textos constitucionais e em outras legislações sem o exato interesse em sua efetivação é utopia e não deve prosperar.

A questão relacionada à saúde é assunto polêmico e que necessita de operacionalização como forma de garantir à inclusão social, à dignidade da pessoa humana, a concretização dos demais direitos fundamentais e à igualdade entre ricos e pobres.

O problema da exclusão social, diante da não efetivação da saúde pública, é ponto manifesto, uma vez que há uma relação entre o direito à saúde e os demais direitos fundamentais, como o direito à alimentação, à moradia, à educação, à inclusão social, assim como fora demonstrado no desenvolvimento desta pesquisa.

Portanto, um direito está ligado ao outro e, a partir do momento em que um deles não é observado, todos os demais restarão prejudicados e acarretarão na exclusão social das pessoas hipossuficientes, além do desrespeito à dignidade humana.

Dentro desta realidade faz-se necessário uma maior responsabilização das questões que envolvem o orçamento público, priorizando/maximizando, assim, o mínimo existencial em detrimento da alegada reserva do possível que se constitui como um entrave à concretização do direito fundamental social à saúde; além de se combater a corrupção que assola o país e impede de ser efetivado o direito à saúde, fazendo reinar – ainda nos dias de hoje – o patrimonialismo; a violência por omissão e a falta do verdadeiro acesso à saúde por meio do acesso à justiça.

A ameaça aos direitos fundamentais também é uma ameaça em relação a anos e anos de lutas e conquistas históricas por um Brasil melhor. Ficar silente ante a não efetivação do direito fundamental social à saúde e, conseqüentemente dos demais direitos fundamentais e, nada fazer perante a exclusão social, é concordar com o massacre da democracia que, também, se distanciará cada vez mais da prática.

Por este motivo, torna-se inadiável à responsabilização objetiva do Estado – por meio da inquestionável legitimação do artigo 196 da Constituição Federal de 1988 – uma vez que a saúde é um dever fundamental e, sempre que não ocorrer a sua efetivação, dentro

dos critérios elencados pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988 e, comprovada a conduta (ativa/omissa) do Estado relacionada a um dano materialmente ligado a este ato, por meio de um nexo de causalidade, haverá a indiscutível responsabilidade objetiva deste Ente por expressa previsão e interpretação constitucional.

A responsabilidade objetiva do Estado vem sendo aplicada, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça não para onerar ainda mais o Estado, mas sim para que condutas como estas não voltem mais a acontecer, ou seja, a responsabilização deste Ente funciona como um aviso para que o Estado não se esqueça de seus deveres/obrigações e para que nunca mais deixe em segundo plano a população – em especial a hipossuficiente e enferma – que desejou o seu surgimento para receber proteção e não violência.

A inclusão social, neste linear, promoverá o reencontro da pessoa enquanto pessoa dentro de sua cidadania e com a própria dignidade humana.

A doença, por sua vez, não espera e a vida é vulnerável. Por este motivo, é preciso ir além. Em tempos de transição paradigmática o direito fundamental social à saúde precisa se adaptar às necessidades reais da população e não ser apenas uma mera abstração simbólica de uma garantia sem uso ou efetividade.

É fundamental que ocorra a conversão do SUS constitucional para o SUS real e que a saúde pública saia do texto poético da lei e ganhe a realidade para concretizar o direito à saúde de milhares e milhares de brasileiros que se encontram à margem da própria vida e do esquecimento.

## REFERÊNCIAS

A CORRUPÇÃO no Brasil sempre foi uma praga. **Instituto Qualidade**. Disponível em: <<http://www.qualicidade.org.br/a-corrupcao-no-brasil/a-corrupcao-no-brasil-sempre-foi-uma-praga/>>. Acesso em: 14 jan. 2012.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004.

ABUJAMRA, Ana Carolina Pedutti; MARTIN, Andréia Garcia. O direito à saúde do idoso: as políticas públicas como instrumento de inclusão social e seu controle jurisdicional. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry (Orgs.). **Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui: Boreal, 2010. p. 59-75.

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Verbatim, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

ALVES, Francisco Luís. O regime do contrato de seguro de saúde no direito português, **Revista Luso- Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba, n. 2, v.I, p. 191-220, jun. 2011.

ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4078>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79-99.

AMARAL, Gilberto Luiz do; OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia Mary Fernandes do. Carga Tributária Brasileira. **Site do Instituto Brasileiro do Planejamento Tributário (IBPT)**. Disponível em: <  
<http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/559/CargaTributaria2012IBPT.pdf>>  
Acesso em: 28 mar. 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça**. Campinas: Copola, 1999.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

\_\_\_\_\_. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Pedutti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais (RT)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 99, v. 892, p. 37-86, fev. 2010.

BALSASSARRE, Antonio. **Los derechos sociales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura (Orgs). **Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 29-60.

BARBOSA, Ruy Pereira. **Assistência Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOZA, Márcia Noll. **O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil**. Disponível em: <[http://ccr5.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/eventos/docs-monografias/monografia\\_3\\_lugar.pdf](http://ccr5.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/eventos/docs-monografias/monografia_3_lugar.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA**, vol. 3, n. 2, p. 345-383, 2 sem. 2002.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1nov. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 9 mar. 2013.

BATISTA, Antenor. **Corrupção: o 5º poder – repensando a ética**. 12 ed. Bauru: Edipro, 2011.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAZHUNI, Marco Antonio. **Da responsabilidade civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa**. 2. ed., atual. Ver. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BERLINGUER, Giovanni. **Ética da saúde**. São Paulo: Hucitec, 1996.

BERNARDI, Renato; Lazari, Rafael José Nadim de. **Ensaios escolhidos de Direito Constitucional**. Brasília: Kiron, 2013.

BERNARDI, Renato; Lazari, Rafael José Nadim de. Tem fundamento a crítica à incorporação da reserva do possível no sistema jurídico brasileiro? In: BERNARDI, Renato; Lazari, Rafael José Nadim de (Org.) **Ensaios escolhidos de Direito Constitucional**. Brasília: Kiron, 2013. p. 159-176.

BERTOLAZO, Ivana Nobre. **O princípio da moralidade administrativa e suas implicações para construção de um direito inclusivo**. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), 2009.

BÍBLIA Sagrada. Rio de Janeiro: Barsa, 1965.

BICALHO, Luis Felipe. A mercantilização do direito à saúde e a responsabilização do Estado: Reflexos na Realidade do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. **Argumenta**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI – UENP. Jacarezinho, n. 14, p. 351-365, jan/junho 2011.

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

BOHN, Simone Rodrigues da Silva (Coord). A fiscalização das eleições. In: SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). Caminhos da transparência. Um retrato das instituições brasileiras. **Transparência Brasil**. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/Source/index.htm#!>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradutor: Fernando Tomaz. 16 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil: de 25 de março de 1824. **Site do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)> Acesso em: 6 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: de 24 de fevereiro de 1891. **Site do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em: 6 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: de 16 de julho de 1934. **Site do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 6 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: de 10 de novembro de 1937. **Site do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em: 6 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. **Site do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 6 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Site do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 6 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição do Estado de São Paulo. **Site do Planalto**. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 2 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Código Civil (1916). **Site do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)> Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Código Civil (2002). **Código civil ; Legislação civil ; Constituição federal**. 14. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (RT Códigos).

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil (1973). **Código de processo civil e Constituição Federal**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. **Site do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)> Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 12.732 de 22 de novembro de 2012. Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para o seu início. **Site do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12732.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12732.htm)> Acesso em: 28 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.036 de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Site do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18036consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Site do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 1.060 de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Site do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1060compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. **Recurso Extraordinário nº 271.286-RS**, Ac. de 12 set. 2000, da 2ª T. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 23 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:RE%20271.286/RS&s=jurisprudencia>> Acesso em: 16 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>> Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas de pessoas carentes – dever constitucional do Estado. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 393.175/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 12 dez. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>> Acesso em: 30 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil do Estado. **REsp. n.º 140.158/SC – Recurso Especial 97/0048682-6**. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira, Brasília, 17 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca;jsessionid=08118DB89038A0568226A0F290D14B2C?q=titulo:RESP%20140.158/SC&s=jurisprudencia>> Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil do Estado. **REsp. n.º 686208 RJ 2004/0112790-9**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 01 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/82090/recurso-especial-resp-686208-rj-2004-0112790-9-stj>> Acesso em: 21 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública. Fornecimento de equipamentos ao hospital universitário de Dourados. Interesse difuso e coletivo. Legitimidade ativa *ad causam*

do Ministério Público. **Recurso Especial nº 1.041.197 - MS (2008/0059830-7)**. Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, 25 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6909418/recurso-especial-resp-1041197-ms-2008-0059830-7-stj>> Acesso em: 10 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Implementação do direito à saúde no Brasil**. Brasília, DF, 2010.

BRASIL: nunca mais. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CANOTILHO, J.J.Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARDONE, Marly A. **Previdência, assistência, saúde : (o não trabalho na Constituição de 1988)**. São Paulo: LTr, 1990.

CARTILHA dos direitos do paciente com câncer. Disponível em: <<http://oncovida.com/site/arquivos/cartilha.pdf>> Acesso em: 28 mar. 2013.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, 2t.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro Roberto; KARSCH, Ursula. **A saúde como direito e como serviço**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

COLETÂNEA de direito internacional, Constituição. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **A Constituição Francesa de 1848**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/fran1848.htm>>. Acesso: 19 abr. 2013

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Site da Universidade do Estado de São Paulo – USP**: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 23 fev. 2013.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CORRUPÇÃO. In: MICHAELIS dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=corrupção>>. Acesso em: 14 jan. 2012.

CORRUPÇÃO. In: AURÉLIO dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Corrupcao>>. Acesso em: 14 jan. 2012.

CRUZ, Érica Marcelina. Mecanismos processuais no âmbito do Juizado Especial da Fazenda Pública a propagar a efetividade do processo e a concretização do direito à saúde. In: SIQUEIRA, Dirceu; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Orgs). **Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. São Paulo: Boreal, 2011. p. 152-174.

D'ANDREA, Daniela. Fundamentos do Acesso à Justiça: Obstáculos e Soluções. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo – SP, n.54, p.165-207, dez.2000.

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

DEMOCRACIA. **Sua Pesquisa.com**. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/religiosociais/democracia.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2012;

DIAS, Hélio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde**. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2002.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JR, Fredie. Notas sobre a Garantia Constitucional do Acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo – REPRO**. São Paulo – SP, ano 27, n. 108, p. 23-31, out. – dez. 2002.

DIMENSÃO. In: MICHAELIS dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=dimensao>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

DIREITOS dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Brasil: legislação federal compilada - 1973 a 2006. Brasília: Ministério da Saúde, 2007.

DOMINGUES JUNIOR, Luiz Roberto Pires; OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque. **Legislação e normas**. Brasília: W. Educacional, 2011. Disponível: <[http://lms.ead1.com.br/webfolio/Mod4105/mod\\_legislacao\\_e\\_normas\\_v3.pdf](http://lms.ead1.com.br/webfolio/Mod4105/mod_legislacao_e_normas_v3.pdf)>. Acesso em: 19 abr. 2013.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EXTENSÃO EM FOCO. Dossiê Temático: Saúde, **Revista de Extensão: Pró-reitoria de extensão e cultura**, UFPR, Curitiba, n. 3, jan./jun. 2009.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; RÍPOLI, Danilo César Siviero. Direitos fundamentais: a inexistência de discricionariedade na sua prestação. In: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). **Direitos fundamentais: da normatização à efetivação nos 20 anos de Constituição Brasileira**. Birigui: Boreal Editora, 2008. p. 01-21.

FEIL, Cristóvão. **O que significa “banalidade do mal”**. Disponível em: <<http://www.nao-til.com.br/nao-82/banal.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

FERNANDES, Nelito. “Vou te contar, eu sou bandido”. **Revista Época**, São Paulo, n. 714, p. 34-40, jan. 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **O Acesso ao Poder Judiciário**. Revista dos Tribunais. São Paulo – SP, ano 81, n. 686, p. 19-34, dez. 1992.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde**: leis n.º 8.080/90 e 8.142/90: dicas para realização de provas de concursos artigo por artigo. Salvador: JusPODIVM, 2009.

FRANÇA, R. Limongi (Org.). **Jurisprudência da responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. O consumidor e o acesso a medicamentos. **Revista do Advogado**. São Paulo, ano XXXI, n.º 114, p. 9-17, dez. 2011.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FUNDAMENTAL. In: MICHAELIS dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=fundamental>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de direito civil: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil (2002)**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003-2008.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Emerson. **Repressão à corrupção no Brasil: entre realidade e utopia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIACÓIA, Gilberto. **Liberdade – resistir é preciso**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Gilberto%20Giacoi.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Anotações de aula de Direitos Humanos e Processo Penal. Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Jacarezinho, 2011.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Anotações de aula da disciplina “Aspectos Atuais da Responsabilidade Civil”. Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Jacarezinho, 2011.

GOMES, Fabiano Maranhão Rodrigues. Responsabilidade do Estado por ineficiência na prestação de serviços de saúde pública, **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI – UENP**, Jacarezinho, n. 12, p. 163-190, jan./jun. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 12. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos fundamentais sociais e o controle jurisdicional das políticas públicas**. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), 2009.

GONÇALVES, Vinicius José Corrêa. **Tribunais Multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e a razoável duração dos processos**. 2011. 223 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), 2011.

GONÇALVES, Vinicius José Corrêa; BREGA FILHO, Vladimir. Descenso à justiça como fator de inclusão social. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2010, Fortaleza, p. 62-76. Disponível em: < [www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3055.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3055.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2012.

GONZAGA, Max. **Sou classe média**. Disponível em: < <http://letras.mus.br/max-gonzaga/471737/>> Acesso em: 8 jan. 2013.

GOVERNO Federal divulga dados de investimento em publicidade. **Site H Mídia**. 2 ago. 2012. Disponível em: < <http://www.hmídiaexterior.com.br/ultimas-hmídia/governo-federal-divulga-dados-de-investimentos-em-publicidade>> Acesso em: 27 mar. 2013.

GUERRA, Luis Alberto Petit. La concreción de la norma constitucional en el orden interno cuando contenga derechos humanos, **Intertemas: Revista Jurídica das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”**, Presidente Prudente, ano 12, v. 15, nov 2010, p. 7-27.

GUIMARÃES, Jader Ferreira; WITZEL, Wilson José. Limitações processuais à tutela judicial do direito à saúde. **REPRO: Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 179, p. 217-236, jan. 2010.

HABIB, Sérgio. **Brasil: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HISTÓRIA. **Site do SUS**. Disponível em: < <http://sistemaunicodesaude.weebly.com/histoacuteria.html>> Acesso em: 23 fev. 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento**: as bases da política de Saúde Pública no Brasil. São Paulo: Hucitec ANPOCS, 1998.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/imprensa/direito-de-familia-na-midia/detalhe/6176>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradutores J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ISIDORO, Carla Patrícia Ferreira. Corrupção. **Faculdade de José Bonifácio (FJB)**.

Disponível em:

<[http://www.fjb.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=137:corrupcao&catid=51:artigos&Itemid=11](http://www.fjb.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=137:corrupcao&catid=51:artigos&Itemid=11)>. Acesso em: 14 jan. 2012.

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**: Brasil-Portugal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Fabris, 2007.

KOTOVIEZY, Dayane. Síntese da evolução histórica da responsabilidade extracontratual do Estado. **Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/25738>> Acesso em: 20 abr. 2013.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (dês)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241/estados-liberal-social-e-democratico-de->

direito>. Acesso em: 11 fev. 2013.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade.** Curitiba: Juruá, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Jairo Néia. **Direito fundamental à inclusão social: eficácia prestacional nas relações privadas.** Curitiba: Juruá, 2012.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil.** São Paulo: Quartier Latin, 2006;

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales.** Madrid: Tecnos, 2005.

MADRID, Daniela Martins. Assistência judiciária: ausência de efetividade ao acesso à justiça. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 45-61. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Reestudo da citação como pressuposto processual. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo: Dialética, v. 47, p. 9-17, fev. 2007.

\_\_\_\_\_. Ausência de inclusão social ante a não efetivação do direito social à saúde. **I Seminário Internacional de Análise Crítica do Direito.** UENP: Jacarezinho, 2011.

\_\_\_\_\_. Corrupção: do patrimonialismo à “banalização do mal” por meio da violação dos direitos fundamentais sociais. **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU**, 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=41f1f19176d38348>> Acesso: 24 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Maximização do mínimo existencial: garantia de inclusão social frente à reserva do possível e a limitação orçamentária. **II Seminário Internacional de Análise Crítica do Direito**. UENP: Jacarezinho, 2012.

\_\_\_\_\_. Do Leviatã às “avessas”: a violência exercida pelo Estado e o seus reflexos nos direitos fundamentais – a necessidade de libertação. **Revista de Direito Brasileira: RDB, Brazilian Journal of Law**. Publicação Oficial do CONPEDI, ano 3, v.4, p. 125-145, jan./abr. 2013.

MADRID, Daniela Martins; OSIPE, Nathan Barros. O Supremo Tribunal Federal, a liberdade de imprensa e o julgamento da ADPF n.º 130/DF: ausência de efetivação dos direitos fundamentais. **III Seminário Internacional de Análise Crítica do Direito**. UENP: Jacarezinho, 2013.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário e MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999;

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Habermas e a luta pelo reconhecimento, legitimidade e validação no Estado Democrático de Direito: o poder comunicativo e o direito atuam na luta hegemônica pelo reconhecimento de sujeitos, valores, demandas, ações e outros novos direitos, **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI – UENP, Jacarezinho**, n. 10, p. 11-22, jan./jun. 2009. Disponível em: <[http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com\\_docman&Itemid=69&limitstart=10](http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com_docman&Itemid=69&limitstart=10)>. Acesso em: 19 jan. 2012.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura (Orgs). **Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 61-80.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Princípios gerais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MENDES, Eugênio Vilaça. **Distrito sanitário**: o processo social de mudança das práticas sanitárias do Sistema Único de Saúde. 4. ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Hucitec-Abrasco, 1999.

MENDES, Ademir Aparecido Pinheli; KESTRING Bernardo. Política e violência. In: MARÇAL, Jairo (Coord). **Filosofia**. Curitiba: SEED-PR, 2006.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento**: pesquisa qualitativa em saúde. 12.ed. São Paulo: Hucitec, 2010.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta (Org.). **Constituição, minorias e inclusão social**. São Paulo: Rideel, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Estelina Souto do; REZENDE, Ana Lúcia Magela de. **Saúde é um direito que a gente tem**. São Paulo: Cortez, 1988.

NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradutora Elza Maria Gasparotto. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ODALIA, Nilo. **O que é Violência**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

OLIVEIRA, Ana Paula Polacchini de. Pressuposto jusfilosófico da inclusão social como fundamento para a efetivação dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry (org.). 1.ed. **Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui: Boreal Editora, p. 38-58, 2010.

OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário. **Revista dos Tribunais (RT)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, v. 865, p. 54-84, nov. 2007.

OLIVEIRA, Flávio Luís de; BRITO, Jaime Domingues. Acesso à justiça e inclusão social, **Argumenta**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho, n. 15, p. 335-345, jul./dez. 2011.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Rio de Janeiro: **Teoria jurídica e novos direitos**. Lumen Juris, 2000.

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

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em :<  
<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

ORTIZ, Luis Javier Moreno. **Acceso a la justicia**. Santa Fé de Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudência, 2000.

PEDONE, Luiz (Coord). O controle pelo Legislativo. In: SPECK, Bruno Wilhelm (Org). Caminhos da transparência. Um retrato das instituições brasileiras. **Transparência Brasil**.

Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/Source/index.htm#!>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986-1987. v. 3, 4.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Direito sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PESAVENTO, Sandra Jatahy. **Memória e história: as marcas da violência**. Disponível em: <<http://www.revistafenix.pro.br/PDF8/DOSSIE-ARTIGO2-Sandra.Pesavento.pdf>> Acesso em: 08 mar. 2012.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade civil de acordo com o novo código civil**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

POCHMANN, Marcio. **Desenvolvimento, trabalho e solidariedade: novos caminhos para a inclusão social**. 1. ed. São Paulo: Cortez, Fundação Perseu Abramo, 2002.

POZZOLI, Lafayette; SPLICIDO, Christiane (Org.). **Teoria geral do direito: ensaios sobre dignidade humana e fraternidade**. Birigui: Boreal, 2011.

PRADO, Ney. **Os notáveis erros dos notáveis: da comissão provisória de estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

QUEIROZ, Mônica. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

QUESTÕES processuais nas ações de responsabilidade civil: sujeitos da reparação civil. **I Seminário Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996. 1 videocassete (VHS-NTSC).

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier, 2005.

RAMOS, Elisa Maria Rudge. **Evolução histórica dos direitos sociais**. 2008. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigo/2008121611074897\\_direitos-humanos\\_evolucao-historica-os-direitos-sociais-elisa-maria-rudge-ramos.html](http://www.lfg.com.br/artigo/2008121611074897_direitos-humanos_evolucao-historica-os-direitos-sociais-elisa-maria-rudge-ramos.html)>. Acesso em 11 ago. 2012.

RAMOS, Mário Henrique de Oliveira. Direitos sociais prestacionais, direito à saúde, reserva do possível, políticas públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry (Org.). 1.ed. **Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui: Boreal Editora, 2010. p. 329-347.

RAWLS, John. **Uma teoria de Justiça**. Tradutores Almiro Piseta e Lenitan M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REI Luis XIV. **Site Brasil Escola**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/biografia/luis-sol.htm>> Acesso: 20 abr. 2013.

RIBEIRO, Guilherme; ZAHER, Hugo. O direito fundamental à saúde da pessoa idosa e o princípio da segurança jurídica: perspectivas concretizadoras à luz da Constituição. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry (Org.). **Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui: Boreal, 2010. p. 220-239.

RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei n.º 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Atlas, 2011.

ROCHA, Marcelo. Como se desvia dinheiro no Brasil. **Revista Época**, São Paulo, n. 715, jan. 2012.

ROSEN, George. **Uma história da saúde pública**. 2. ed. São Paulo: ABRASCO, Hucitec, UNESP, 1994.

ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988, **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI – UENP, Jacarezinho**, n. 9, p. 27-42, jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com\\_docman&Itemid=69](http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com_docman&Itemid=69)>. Acesso em: 29 fev. 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social:** ou princípios do direito político. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado:** doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo.** São Paulo: Verbatim, 2009.

SALIBA, Mauricio Gonçalves. **O olho do Poder.** São Paulo: Unesp, 2006.

SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. O moderno conceito de Acesso à Justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos – a mediação e a escolha do mediador. **REVISTA DA AJURIS** – Associação dos Juizes do rio Grande do Sul. Porto Alegre – RS, ano XXXII, n. 97, p. 123-141, mar. 2005.

SÁNCHEZ, Alcides Francisco Antúnez; TRINCHE, Karen Capdet. La responsabilidad civil del actuar negligente del seropositivo con el vih/sida. Panorama cubano desde la óptica del derecho positivo y comparado. Vinculo del derecho de la salud como un servicio de la administración, **Argumenta:** Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho, n. 14, p. 253-322, jan./jun. 2011. Disponível em: <[http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com\\_docman&Itemid=69](http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com_docman&Itemid=69)>. Acesso em: 20 set. 2012.

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

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** uma análise do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal, de 1988. Fortaleza: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, Isabela Soares. **O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde.** Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/premio2010/doutorado/trabalho\\_isabelasantosantos\\_mh\\_d.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/premio2010/doutorado/trabalho_isabelasantosantos_mh_d.pdf)> Acesso em: 04 set. 2012.

SÃO PAULO (ESTADO). Governo do Estado. **Constituição:** República Federativa do Brasil e Estado de São Paulo: declaração universal dos direitos humanos. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7.ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. **REPRO: Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, n. 199, p. 13-40, set. 2011.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-173.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **REPRO: Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 175, p. 9-33, set. 2009.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, p. 1-17, set./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 16 set. 2013.  
SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

\_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS**, ano 1, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 7. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2006.

SAÚDE. In: MICHAELIS dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=sáude>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury (Orgs.). **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHIAVINATTO, Anete Maria Lucas Veltroni. Pensar e repensar a inclusão social e os direitos fundamentais no ensino: aspectos relevantes do direito na educação. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry (Orgs.). **Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui: Boreal Editora, 2010. p. 101-115.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEGATTO, Antonio Carlos, ABATI, Leandro. A positivação de direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988: (re)conquista da proteção Estatal do cidadão, **Argumenta**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI – UENP. Jacarezinho, n. 14, p. 135-167, jan/junho 2011.

SILVA, Abner Pereira da. Direitos do homem: fundamento e direitos fundamentais em face de sua efetividade, **Argumenta**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI – UENP, Jacarezinho, v. 3, p. 170-187. Disponível em: <[http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com\\_docman&Itemid=69](http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com_docman&Itemid=69)>. Acesso em: 26 set. 2012.

SILVA, Antonio Carlos Pacheco e. **Direito a saúde**: documentos de atividade parlamentar. s.l.: s.n., 1934.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008.

SIMEC. Disponível em: < [http://www.simec.med.br/s\\_noticias.asp?id=924](http://www.simec.med.br/s_noticias.asp?id=924)> Acesso em: 3 mar. 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÉ, Henry (Orgs.). **Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui: Boreal, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A inefetividade do direito fundamental à saúde, como fator determinante para a aplicação dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva, **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI – UENP, Jacarezinho**, n. 10, p. 169-181, jan./jun. 2009. Disponível em: < [http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com\\_docman&Itemid=69](http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com_docman&Itemid=69)>. Acesso em: 26 set. 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira Siqueira; PICCIRILLO, Miguel Belinati Piccirillo. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. **Site Âmbito Jurídico**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414)> Acesso em: 02 fev. 2012.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

SOUSA, José Franklin de. **Responsabilidade civil: causas de exclusão**. Leme: Mizuno, 2006.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Fraude à execução sob nova visão**. Disponível em: < <http://gelsonamaro.sites.uol.com.br/artigo11.html>> Acesso em: 08 maio 2012a.

\_\_\_\_\_. **Dever de declaração de incompetência absoluta e o mito da nulidade de todos os atos decisórios**. Disponível em: < <http://gelsonamaro.sites.uol.com.br/artigo5.html>> Acesso em: 08 maio 2012b.

\_\_\_\_\_. Anotações de aula da disciplina “O Processo e a Exclusão Social”. Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Jacarezinho, 2012c.

\_\_\_\_\_. Competência: natureza jurídica da norma. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre/RS, ano VII, 38, p. 56-59, nov/dez. 2005.

\_\_\_\_\_. Falso Julgamento de Mérito. **Revista Bonijuris**. Ano XXIII, v. 23, n. 12, p. 11-22, dez. 2011a.

\_\_\_\_\_. Validade do julgamento de mérito sem a citação do réu. **Revista de Processo**. São Paulo, n.º 111, ano 28, p. 69-80, jul/set. 2003.

\_\_\_\_\_. Validade da decisão do juízo incompetente. **Revista Jurídica**. São Paulo, ano 48, n. 277, p. 34-37, nov. 2000.

\_\_\_\_\_. Prorrogação da competência absoluta. **Revista Jurídica**. São Paulo, ano 50, n. 292, p. 32-38, fev. 2002.

SOUZA, Gelson Amaro de; MATTOS, Karina Denari Gomes de. Ativismo judicial e políticas públicas de saúde: o impacto da tutela jurisdicional de medicamentos no SUS. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Org). **Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. Birigui: Boreal, 2011b. p. 230-257.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFGM, 2011.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica integral e gratuita**. São Paulo: Editora Método, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUPERTI, Eliane. **Proletariado e direito: um estudo sobre as relações entre Positivismo e Direito do Trabalho no Brasil (1870-1934)**. Rio de Janeiro: Papel Virtual, 2005.

SUPREMO mantém poderes de investigação do CNJ. **Folha.com**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1043288-supremo-mantem-poderes-de-investigacao-do-cnj.shtml>>. Acesso em: 2 fev. 2012.

TEJADAS, Silvia da Silva. **O direito humano à proteção social e sua exigibilidade: um estudo a partir do Ministério Público**. Curitiba: Juruá, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v.2.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-78.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social: custeio da seguridade social, previdência social, saúde, assistência social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Filosofia da Práxis**. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

VENDRAME, Alan; MORENO, Jamile Coelho. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Orgs). **Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. São Paulo: Boreal, 2011. p. 1-19.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 349-371.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos políticos, cidadania e teoria das necessidades. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 31, n. 122, p. 275-280, abr./jun. 1994.

\_\_\_\_\_. Antônio Carlos. Pluralismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Tradutora Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 31, n. 122, p. 291-296, abr./jun. 1994.

ZHOURI, Fernanda Pereira. O direito social à saúde – breve estudo de caso, **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba, n. 2, v.I, p. 129-146, jun. 2011.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

ZULIANI, Ênio Santarelli; BRUNHARI, Andréa de Almeida. O consumidor e seus direitos diante de erros médicos e falhas de serviços hospitalares, **Revista do Advogado**. São Paulo, ano XXXI, n.º 114, p. 55-73, dez. 2011.