

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Felipe dos Santos Centeno

**EXIGIBILIDADE CONFLITUAL DO DIREITO À SAÚDE:
Uma análise sobre a inconstitucionalidade da Proposta de Emenda
Constitucional n. 241**

Porto Alegre
2016

FELIPE DOS SANTOS CENTENO

**EXIGIBILIDADE CONFLITUAL DO DIREITO À SAÚDE:
Uma análise sobre a inconstitucionalidade da Proposta de Emenda
Constitucional n. 241**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para colação de grau no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Orientador: Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior.

Porto Alegre

2016

FELIPE DOS SANTOS CENTENO

**EXIGIBILIDADE CONFLITUAL DO DIREITO À SAÚDE:
Uma análise sobre a inconstitucionalidade da Proposta de Emenda
Constitucional n. 241**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para colação de grau no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Aprovado em 13 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor José Alcebíades de Oliveira Junior
Orientador

Professor Doutor Augusto Jaeger Junior

Mestrando Bruno Bandeira de Vasconcelos

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, e sempre, a Deus, por me proteger e me dar forças para chegar até aqui.

À Carina Machado, pelo amor incondicional, representado pela compreensão e paciência nos inúmeros momentos de minha ausência.

Aos mestres e professores da UFRGS, a quem agradeço sobretudo na pessoa do meu Professor orientador, Doutor José Alcebíades de Oliveira Junior.

Aos colegas e amigos de faculdade, aqui representados especialmente pela colega Tamires Martins, que me acompanhou em muitas aulas difíceis desse Curso.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o direito à saúde, amparado na Constituição Federal de 1988 como um bem essencial da pessoa humana, que merece especial tutela tanto como direito humano quanto como direito fundamental. Trata, inicialmente, da própria noção do que se entende por saúde, assim como do conteúdo do direito à saúde sob a perspectiva de direito social fundamental. Analisando a questão das limitações impostas a esse direito, especificamente as relacionadas aos escassos recursos disponíveis, tornado conflitual a relação de exigibilidade entre o cidadão, que busca a efetividade do direito à saúde, e o Estado, limitado à (in)disponibilidade de recursos para cumprir o dever constitucional, faz o cotejo de duas teorias inseridas pela doutrina nesse debate: a teoria da reserva do possível e a do mínimo existencial. Por fim, a partir das bases firmadas nos referidos temas, aborda de forma crítica a Proposta de Emenda Constitucional n. 241/2016 aprovada recentemente na Câmara dos Deputados, que altera profundamente a forma como são determinados os recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde no Brasil.

Palavras-chave: Direito à saúde. Mínimo existencial. Reserva do possível. Proposta de Emenda Constitucional n. 241/2016.

ABSTRACT

This study aims to analyze the right to health, supported by the Brazilian Federal Constitution of 1988 as an essential good of the human person, which deserves special protection both as a human right as a fundamental right. It deals initially with the very notion of what is meant by health, as well as with the content of the right to health from the perspective of fundamental social law. Analyzing the issue of limitations imposed on this right, specifically those related to the scarce resources available, making conflictual the relationship of enforceability between the citizen, who seeks the effectiveness of the right to health, and the State, limited to the (un)availability of resources to fulfill the constitutional duty, makes the comparison of two theories inserted by the doctrine in this debate: the theory of the reserve of the possible and the existential minimum. Finally, from the bases established in the referred subjects, it critically addresses the Proposal for Constitutional Amendment number 241/2016 recently approved in the Chamber of Deputies, which profoundly altersthe way in which the minimum resources to be applied in actions and public health services in Brazil are determined.

Keywords: Right to health. Minimum necessary to existence. “Reservation of possibility”. Constitutional Amendment Project nº 241/2016.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO À SAÚDE	11
1.1 O CONCEITO DE SAÚDE: UM BREVE HISTÓRICO	11
1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS SOCIAIS: ASPECTOS GERAIS.....	16
1.3 A SAÚDE COMO UM DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL	28
2 DIREITO À SAÚDE: EXIGIBILIDADE CONFLITUAL	35
2.1 A EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE	35
2.2 A RESERVA DO POSSÍVEL	39
2.3 A QUESTÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL	42
3 A PEC N. 241 DE 2016: O “NOVO REGIME FISCAL” E O DIREITO À SAÚDE	44
3.1 INTRODUÇÃO.....	44
3.2 A PEC 241 DE 2016 E AS ALTERAÇÕES NOS GASTOS COM SAÚDE	47
3.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PEC N. 241 DE 2016 E O RETROCESSO NA COBERTURA SOCIAL DO DIREITO À SAÚDE	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ASPS – Ações e Serviços Públicos de Saúde

CCJC – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

CF – Constituição Federal Brasileira

CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

NRF – Novo Regime Fiscal

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

RCL – Receita Corrente Líquida

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

INTRODUÇÃO

O crescente consumo de recursos financeiros públicos para satisfazer as necessidades de atenção à saúde tem marcado o contexto mundial atual. Na maior parte, a origem dessa demanda se situa na histórica afirmação relativamente recente dos direitos fundamentais sociais e no intenso aumento dos custos na atenção sanitária. Assim, a qualidade das políticas públicas, entendidas como ações que refletem a expressão da efetividade dos direitos sociais prestacionais, quando se fala da área da saúde, depende não apenas de bons profissionais, gestores competentes ou estruturas adequadas, mas também de recursos financeiros compatíveis.

No Brasil, a saúde é um direito fundamental de todos e um dever do Estado, delineado na Carta Magna através de uma atuação conjunta dos Entes Federados. Por conta disso, ao tempo em que a exigência legítima da sociedade por serviços públicos de saúde é feita em níveis cada vez mais crescentes em termos de qualidade e amplitude, o Estado enfrenta o desafio de atender essa demanda em face dos limites materiais que a própria realidade impõe.

Diante desse cenário, a exigibilidade do direito à saúde torna-se conflitual, entrando em cena o debate a partir do que se convencionou chamar de “mínimo existencial”, ou seja, a discussão a respeito das condições mínimas, elementares, que permitam um mínimo de dignidade às pessoas. Também surge como tema reflexo a “reserva do possível”, muitas vezes invocada pelo Estado, que somente se compromete com os esforços mais básicos permitidos pela disponibilidade de recursos públicos. É nesse contexto que se insere a Proposta de Emenda Constitucional n. 241 da Câmara dos Deputados, que propõe um “Novo Regime Fiscal” (NRF), alterando de forma significativa a forma de financiamento das políticas públicas e as ações na área da saúde.

É dessa forma que, partindo-se da bibliografia levantada e da pesquisa realizada, bem como de alguns exemplos jurisprudenciais a respeito da temática, o presente trabalho, ao dissertar sobre a questão, estrutura-se em três partes. Na primeira, investiga-se a natureza jurídica essencial do direito à saúde. Iniciando pelo conceito de saúde vista sob uma perspectiva histórica, analisa-se, em seguida, os principais aspectos dos direitos fundamentais e sociais como forma de chegar-se a uma noção do conteúdo jurídico do que se entende como direito social fundamental

à saúde. Na sequência, na segunda parte do trabalho, partindo-se da premissa de que o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais positivados, é plenamente exigível, busca-se entender o conflito surgido a partir da exigibilidade desse direito anteriormente delineado em face dos escassos recursos disponíveis sob a perspectiva de dois institutos que fazem uma espécie de intermediação entre sujeito e Estado, em face dessa relação conflitual entre a previsão constitucional do direito à saúde e o plano fático: as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível. Finalmente, na terceira parte do trabalho, a partir das bases firmadas nos tópicos anteriores, é possível analisar-se de forma crítica a atuação sobre o direito à saúde da Proposta de Emenda Constitucional n. 241, especificamente suas implicações sobre a conflitual relação de exigibilidade desse direito.

A partir das considerações feitas, objetiva-se extrair conclusões a fim de contribuir para a efetivação do direito à saúde, que alcança uma peculiar relevância em face do perfil assumido pela Constituição Federal ao privilegiar as normas sociais, delineando um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito. A pretensão é no sentido de comprovar-se que, mesmo diante de uma realidade de escassez de recursos disponíveis e uma série de “escolhas trágicas”, deve haver um caminho harmônico entre a reserva do possível e um mínimo que possa orientar a exigibilidade desse direito com a garantia de sua subsistência. E esse caminho não pode ser construído senão por meio do debate amplo e transparente sobre os efeitos decorrentes da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n. 241, tendo em vista a altura e a complexidade dos seus impactos sobre o direito social fundamental à saúde.

1 DIREITO À SAÚDE

1.1 O CONCEITO DE SAÚDE: UM BREVE HISTÓRICO

O debate sobre os limites materiais impostos na prestação estatal voltada para o direito à saúde depende de uma prévia investigação sobre o conceito desta. Assim, este capítulo buscará uma definição de saúde delineando seus contornos através da sua evolução histórica.

Pensar em saúde implica compreender a evolução de seu conceito que, ainda nos dias atuais, é confundido com medicina, cuja ideia é, desde os gregos, associada à cura. Em verdade, a satisfação do direito à saúde tornou-se, em nosso tempo, muitas vezes, identificada com o fornecimento de medicamentos, influenciada pelo modelo assistencial que privilegia ações curativas em detrimento de outros fatores determinantes para a saúde como, por exemplo, a prevenção. Essa interpretação restritiva, contudo, não se coaduna com o direito social fundamental previsto pelo Constituinte Brasileiro, que aponta para um conceito muito mais amplo no que se refere ao direito em questão, conforme oportunamente se verá.

Ao longo do curso da História, as mais variadas e diferentes conotações foram atribuídas à palavra saúde. Na Antiguidade, ela recebia uma concepção mística, ou seja, era entendida como uma influência das divindades. Os Assírios e os povos babilônicos, por exemplo, atribuíam aos demônios as perturbações à saúde e acreditavam que somente através dos deuses, invocados não por médicos, mas por sacerdotes, é que se poderia restabelecer a condição de equilíbrio do corpo.¹

O início do rompimento da visão “místico-religiosa” da saúde inicia-se com os gregos, em especial por meio dos estudos de Hipócrates, considerado o pai da Medicina, a quem é atribuído um dos primeiros tratados sobre a saúde. Segundo Germano Schwartz:

As ideias de Hipócrates cruzaram os séculos (com exceção da Idade Média), perdurando até os tempos atuais, principalmente a noção de que a

¹ SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987. p. 12.

doença é algo palpável, com causalidade natural. Esse conceito ainda é utilizado pela medicina contemporânea.²

Contudo, durante a Idade Média, a visão teocentrista continuou a utilizar a explicação religiosa para as doenças, como ocorreu com a lepra, a peste bubônica e muitas outras que afetaram o homem medieval. Schwartz, ao se referir a esse período, nomeia-o como um “retrocesso no que tange à saúde”³, assim como Scliar, para quem “a queda do Império Romano e a ascensão do regime feudal tiveram profundas e desastrosas consequências na conjuntura da saúde, na prevenção e no tratamento das doenças”.⁴

Foi somente muito mais tarde, especificamente a partir do período da Revolução Industrial, que se formulou um conceito de saúde como estado de ausência de doenças⁵ permitindo-se classificar os indivíduos em saudáveis ou doentes. Enfatizando o caráter mecanicista da época, o homem podia ser comparado a uma máquina e a doença a um defeito na linha de montagem. Esse entendimento acabou fazendo parte do Estado Liberal, o qual via na doença um “transtorno para o funcionamento das indústrias”. Muito limitada, a visão liberal do século XIX possuía objetivos “curativos”, ou seja, a atuação estatal se restringia ao momento em que o indivíduo já se encontrava enfermo, caracterizando o que se conhece como *aspecto negativo da saúde*. Sobre a questão, Germano Schwartz comenta que “a saúde, basicamente, tinha uma concepção liberal: a de repor o indivíduo ao trabalho”.⁶

Após a Segunda Guerra, e a demonstração da capacidade de destruição de que o homem é capaz, formula-se um novo pacto entre as Nações, cuja maior expressão encontra-se no surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU) e a conseqüente criação de órgãos, como, por exemplo, a Organização Mundial da Saúde (OMS), especializados em garantir direitos considerados essenciais ao ser humano. Entre esses direitos essenciais garantidos está a saúde, cujo conceito, conforme previsto no Preâmbulo da Constituição da OMS, deixou de ser a simples

² SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30.

³ *Ibidem*, p. 31.

⁴ SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987. p. 20.

⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à saúde: responsabilidade e garantias. *In*: ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **O direito sanitário na Constituição Brasileira de 1988**: Normatividade, garantias e seguridade social. Brasília: OPAS, 1994. p. 9. (Série Direito e Saúde n. 4).

⁶ SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 33.

ausência de doença passando a ser “um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social”⁷.

O referido conceito assim positivado possui, entre outros inconvenientes, uma indeterminação, ou seja, ele é incapaz de especificar, de forma clara, o objeto que se pretende definir, tornando-se, desse modo, muito genérico e pouco operacional. Além disso, coloca a saúde em um plano ideal, como um objetivo praticamente inatingível, em descompasso com a realidade, que conhece limites culturais, sociais e econômicos. Schwartz, ao mencioná-lo, alerta:

Em verdade, o conceito não é operacional, pois depende de várias escalas decisórias que podem não implementar suas diretrizes. Vários são os fatores que atuam negativamente nesse sentido, sendo que o principal, pode-se dizer, é que, a partir do momento em que o Estado assume o papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de inaplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para a consecução do pretendido completo bem-estar físico, social e mental.⁸

A despeito de tal crítica, esse conceito de saúde superou a anterior definição negativa, vista como ausência de doenças, marcante durante o período do desenvolvimento industrial no século XIX e início do século XX, influenciando profundamente a noção de direito à saúde após sua formulação. Ainda, conforme salienta Sueli Gandolfi Dallari:

[...] curiosamente, os trabalhos de crítica dessa conceituação terminam concluindo que, embora o estado de completo bem-estar não exista, a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado, uma vez que qualquer redução na definição objeto o deformará irremediavelmente.⁹

Portanto, sob esta nova perspectiva do período do pós-guerra, a saúde torna-se, antes de tudo, um objetivo a ser alcançado, uma espécie de “imagem-horizonte”¹⁰ da qual tentamos nos aproximar. É uma busca constante do referido

⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição**. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf#page=7>>. Acesso em: 12 set. 2015.

⁸ SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36.

⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. COSTA, Alendrin Bernardino *et al.* (Org.) **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/Unb, 2009. p. 94.

¹⁰ SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987. p. 33.

estado de bem-estar, noção esta que irá influenciar, conforme será visto, a positivação do direito à saúde na Constituição Federal Brasileira (CF).

O conceito que surge a partir da Constituição da OMS tem, sobretudo, a relevância de tornar definitivo algo que antes era objeto de controvérsia: o fato de que são fatores determinantes para a saúde não apenas os ligados às características individuais e pessoais, como, por exemplo, os comportamentos ou a carga genética, mas também aqueles relacionados à organização social, ao meio ambiente, à cultura e à política em que o indivíduo está inserido.¹¹

Sob esse novo aspecto, não se pode deixar de reconhecer que o meio influi decisivamente no estado de saúde. A realização da capacidade dos indivíduos ao longo da vida depende de meios espirituais e materiais adquiridos em função das relações estabelecidas durante a sua existência. As estruturas econômicas e sociais, de forma geral, marcam profundamente as possibilidades de desenvolvimento de capacidades individuais. É por isso que, quando da análise do tema da saúde, não há como prescindir os fatores sociais que o determinam.

Assim, conforme o seu posicionamento na ordem social, o indivíduo terá acesso aos meios produzidos/disponibilizados pela sociedade que são fundamentais para a condição sanitária de seu povo ou para sua própria saúde. Restrições no acesso a bens fundamentais como os alimentos, as condições de moradia, as características das atividades desenvolvidas, bem como o ambiente do trabalho podem trazer maiores ou menores riscos à saúde. Para concluir essas considerações, destaca-se aqui as palavras de Sueli Gandolfi Dallari:

[...] a saúde depende, ao mesmo tempo, de características individuais, físicas e psicológicas, mas, também, do ambiente social e econômico, tanto daquele mais próximo das pessoas, quanto daquele que condiciona a vida dos Estados e que, portanto, ninguém pode, individualmente, ser responsável por sua saúde.¹²

Outro ponto a ser considerado é que a saúde pode ser entendida, ainda, como um meio, isto é, uma condição para a realização plena da vida, um requisito para o desenvolvimento humano, e não como a totalidade de seu conjunto. Paulo Fleury Teixeira identifica na saúde “a capacidade psíquico-fisiológica, isto é, como capacidade psicofisiológica para exercício ativo de si dos indivíduos para a sua

¹¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. COSTA, Alendrinio Bernardino *et al.* (Org.) **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/Unb, 2009. p. 94.

¹² DALLARI, loc. cit.

realização na vida”¹³. Bastante difundida na área da promoção da saúde, essa definição positiva tem a vantagem de ressaltar o fato de que a vida humana atribui objetivos que não se limitam à saúde, ou seja, a saúde é um elemento para a qualidade de vida que abrange e, igualmente, depende de fatores relacionados à existência do indivíduo como ser biológico.

O que se pode observar, portanto, é que as propostas posteriores à definição prevista na Constituição da OMS para um conceito de saúde ressaltam o seu caráter complexo e dinâmico, envolvendo diversas variáveis que atuam no espaço e no tempo. Nos dias de hoje, é pacífico o entendimento de que a saúde possui um conceito relativo, dependente de uma contextualização. Conforme Berlinguer, a saúde é “uma condição de equilíbrio ativo (que inclui também a capacidade de reagir às inevitáveis doenças) entre o ser humano e seu ambiente natural, familiar e social”¹⁴.

Assim, não obstante a complexidade, a amplitude e as abstrações feitas para a conceituação da saúde aqui expostas, é preciso ter em mente que a atuação estatal e as ações tomadas com o objetivo de promover, preservar ou recuperar a saúde precisam ser concretas e específicas e, sob o ponto de vista sanitário, só podem ser entendidas quando analisadas junto à comunidade em que são realizadas, isto é, reconhecendo-se as especificidades do particular contexto social dos destinatários de tais ações. É o que se depreende das considerações de Sueli Gandolfi Dallari ao afirmar que:

Convencidos de que apenas o povo de cada Estado e, mais especificamente, as pessoas de cada localidade detêm a legitimidade para conceituar o que seja saúde para a sua comunidade, devemos encontrar o meio de tornar pública tal compreensão, a fim de possibilitar sua operacionalização, seja pelos administradores públicos, seja pelos juristas.¹⁵

A partir de tais constatações, fica mais evidente que a escolha de uma determinada definição de saúde juntamente com seu modelo de atenção sanitária correspondente é matéria que admite escolhas e, sob o ponto de vista de um Estado Democrático, deve estar o mais diretamente possível alocado junto aos destinatários

¹³ FLEURY TEIXEIRA, Paulo. Uma introdução conceitual à determinação da saúde. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 83, p. 382-383, set./dez. 2009.

¹⁴ BERLINGUER, Giovanni. **Ética da saúde**. Tradução de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 23.

¹⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. COSTA, Alendrinno Bernardino *et al.* (Org.) **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/Unb, 2009. p. 96.

dessa ação. Resultado disso é que os destinatários das ações do Estado e dos serviços públicos de saúde precisam ser também participantes e corresponsáveis na sua elaboração, sendo o conceito de saúde por eles permanentemente construído e reconstruído.

Finalmente, o referido conceito de saúde resultante da social contextualização é, pois, o que deve preencher o que se entende como “direito à saúde”, comunitariamente construído¹⁶, servindo de base para o profissional operador do direito ao buscar dar efetividade a sua correspondente previsão constitucional.

1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS SOCIAIS: ASPECTOS GERAIS

A Constituição de 1988 inaugurou um período sem precedentes na História de nosso País, na medida em que consagrou direitos fundamentais que são verdadeiros compromissos e deveres estatais da mais alta complexidade no seu cumprimento, sendo este o caso do direito à saúde. Assim, como forma de analisar o tema alvitrado, é imprescindível refletir sobre a natureza jurídica desses direitos. Sem pretender-se esgotar toda a magnitude e as nuances que a matéria admite, objetiva-se aqui um breve exame sobre os direitos fundamentais e os direitos sociais, que sirva como pressuposto teórico auxiliar no estudo proposto neste trabalho.

A primeira dificuldade a ser superada situa-se na elaboração, de forma precisa, de uma definição para os direitos fundamentais. Não há um consenso na doutrina sobre tal conceito, sendo, inclusive, utilizadas diversas expressões para referir-se aos direitos ora analisados. Sobre o ponto, José Afonso da Silva assim se posiciona:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta-se essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem*.¹⁷

¹⁶ Na esteira do que prevê, por exemplo, o artigo 198 da Constituição Federal ao traçar as diretrizes do SUS: “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: [...] III - participação da comunidade”.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 175.

O crescente aumento do catálogo desses direitos, conforme as exigências de cada período histórico, e a dessemelhança nas suas estruturas normativas podem explicar, em parte, a sua falta de homogeneidade, dificultando, desta forma, uma “conceituação material” ampla.¹⁸ Não é por acaso que Ingo Sarlet alerta para a “heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual”¹⁹ no que se refere à concepção dos mencionados direitos. Contudo, independentemente do obstáculo supracitado, faz-se relevante traçar duas características principais dos direitos fundamentais, apresentando, logo a seguir, uma distinção entre direitos fundamentais, direitos do homem e direitos humanos.

Inicialmente, cumpre mencionar o caráter ético dos direitos fundamentais (aspecto material). Intimamente relacionados com a noção de dignidade da pessoa humana, constituem valores básicos para uma vida social digna. De fato, o alicerce axiológico dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana, cuja ideia basilar é a de que o homem, pelo simples fato de sua condição de ser humano, possui direitos que devem ser respeitados tanto por seus semelhantes como pelo Estado, jamais podendo ser rebaixado a objeto, a mero instrumento, isto é, tratado como uma coisa.²⁰ Nessa medida, há que se convir em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem (e assim efetivamente o são) ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”²¹. Sobre essa dignidade, o mesmo autor, Ingo Sarlet, a define como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 270.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 27.

²⁰ Uma noção de dignidade da pessoa humana, que inspirou diversos autores na sua concepção, pode ser encontrada em um texto extraído da obra “Fundamentação da metafísica dos costumes”, de Immanuel Kant: “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio*”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 69.

²¹ SARLET, *op. cit.*, p. 105.

sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²²

Por outro lado, além de um conteúdo ético, que se traduz em aspecto material, os direitos fundamentais possuem um conteúdo normativo (aspecto formal). Sob esta perspectiva, não é qualquer direito que se enquadra nessa categoria, mas somente aqueles que, reconhecidamente, foram considerados merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que de forma implícita, através da positivação de valores por meio de normas jurídicas. De maneira mais precisa, direitos fundamentais são aqueles valores incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país, isto é, a Constituição é a fonte primária dos direitos fundamentais.

É preciso alertar que não se pode dissociar o aspecto formal dos direitos fundamentais do seu aspecto material. Uma noção meramente formal consideraria fundamental somente os direitos expressamente previstos na Lei Maior. O que ocorre é que, no ordenamento pátrio, há direitos fundamentais positivados de forma não escrita, isto é, implicitamente previstos no sistema constitucional como um todo, por força do artigo 5º, §2º, da Constituição. Segundo Manuel Gonçalves Ferreira Filho, “A atual Constituição brasileira, no que segue as anteriores, não pretende ser exaustiva na enumeração dos direitos fundamentais. Admite haver outros direitos fundamentais além dos enumerados, direitos estes implícitos”.²³

George Marmelstein propõe um conceito de direitos fundamentais que sintetiza, de forma muito adequada, as considerações até aqui feitas:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitações do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.²⁴

Pelas ponderações expostas, é possível fazer uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Segundo a lição de José Afonso da Silva, a expressão direitos humanos é preferível ao reportar-se aos valores que foram

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 296.

²⁴ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

positivados no direito internacional.²⁵ Essa distinção é perceptível no próprio texto constitucional quando, por exemplo, refere que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II). Por outro lado, quando a Constituição faz referência aos direitos que ela mesma reconhece, utiliza-se do termo direitos fundamentais (Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Sobre tal distinção, oportuno trazer-se, ainda, as considerações de Ingo Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com 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).²⁶

Outro conceito importante, que também é confundido com direitos fundamentais e direitos humanos, é o de direitos do homem. Estes seriam valores ainda não positivados, ou seja, estariam em um estágio anterior ao de positivo, assemelhando-se, no conteúdo, ao que José Afonso da Silva denomina Direitos Naturais²⁷. Talvez a expressão *direitos* não seja a mais adequada, pois são valores que surgem anteriormente e como fundamento de direitos. É nesse sentido que Roble explica:

Não se trata realmente de direitos, ainda que assim chamados, porque, como ainda não integram o ordenamento jurídico positivo, ninguém pode exigir processualmente que tenham a validade dos verdadeiros direitos subjetivos de caráter positivo. Embora não sejam direitos, continuam sendo chamados assim, direitos humanos, pela força do costume. Concebidos como verdadeiros direitos pelos teóricos do direito natural, que os denominaram também direitos naturais, adquiriram grande repercussão política com base nas declarações americanas de direitos e, sobretudo, na declaração francesa de 1789 [...].²⁸

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 176.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29.

²⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 176.

²⁸ ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 6.

Feitos os esclarecimentos terminológicos, justifica-se a razão pela qual se adotou, ao referir-se à saúde no presente trabalho, a expressão *direito fundamental* no sentido de ser um direito do homem constitucionalizado, uma vez que ela será analisada sob o prisma do direito constitucional positivo brasileiro. A par disso, será examinado um breve esboço da evolução dos direitos fundamentais, cuja trajetória também é compartilhada pelo direito à saúde.

Os direitos fundamentais são resultado de uma maturação histórica, o que justifica o fato de não serem sempre os mesmos em todas as épocas.²⁹ A sua positivação é fruto de uma dialética permanente entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias de liberdade e de dignidade humana.³⁰ Na verdade, foi a partir do momento em que se reconheceram e consagraram direitos fundamentais nas primeiras constituições que assumiu relevo a problemática das chamadas *gerações*³¹ (ou *dimensões*) dos direitos fundamentais, já que intensamente ligadas às transformações ocorridas na evolução do Estado Absoluto para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático de Direito).

O surgimento dos direitos fundamentais tem como característica marcante a necessidade de limitação do poder estatal, isto é, objetivava-se assegurar aos indivíduos uma fruição de autonomia e liberdade servindo como barreira de proteção dos cidadãos contra a indevida intromissão do Estado em sua vida privada.³² É por isso que a primeira geração ou dimensão de direitos fundamentais é a das liberdades individuais, isto é, que tem como foco a liberdade do homem considerado individualmente. Com aparecimento no final do século XVIII, na transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal, realçaram o princípio da liberdade apresentando a característica de cominarem um dever de abstenção ao Estado, um dever de não

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 37.

³¹ A expressão “gerações de direitos fundamentais” vem recebendo diversas críticas pela doutrina, pois pode induzir à falsa impressão de que há uma substituição gradativa de uma geração por outra, o que não é verdade, dado que uma nova geração de direitos fundamentais não implica a substituição dos direitos das gerações antecedentes. Por tal razão, há quem prefira falar em “dimensões” de direitos fundamentais. Nesse sentido, v. I.W. SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 45.

³² MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

fazer, sendo, por esse motivo, também chamados *direitos negativos*, *liberdades negativas* ou *direitos de defesa* do indivíduo em face do Estado.

São exemplos de direitos fundamentais de primeira geração os direitos civis e políticos reconhecidos nas Revoluções Americana e Francesa, assim como o direito à liberdade, à propriedade, à vida, entre outros. Na lição de Gilmar Mendes, os direitos de primeira geração:

São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião e, à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado.³³

Em que pesem os avanços dados na direção à limitação do poder estatal e à participação do povo nos negócios públicos, bem como o espírito humanitário que inspirou as declarações liberais a proclamarem em seu texto o direito de igualdade, é certo que tais declarações não protegiam a todos, mas somente uma minoria privilegiada.³⁴ É, pois, a razão pela qual muitos setores da sociedade, especialmente os em situação menos favorecida, não ficaram satisfeitos com a liberdade meramente formal proporcionada no Estado Liberal.

Ao analisar as disparidades nessa sociedade, Comparato esclarece que o indivíduo, em contrapartida da ascensão na História obtida através das declarações de direitos norte-americanas e a Declaração Francesa, além da igualdade formal proporcionada pelo Estado Liberal, tornou-se muito mais vulnerável às vicissitudes da vida:

A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia de igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 266.

³⁴ Apenas a título de exemplo, pode-se citar o fato de que, a despeito da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que "*todos nasceram e permanecem livres e iguais em direitos e obrigações*", o sufrágio universal não era sequer mencionado ficando grande parcela da população à margem da participação política, sem falar na prática da escravidão, vista como aceitável por muitos filósofos liberais.

contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança.³⁵

No final do século XIX e início do século XX, após a denominada Revolução Industrial, resultante do desenvolvimento de novas técnicas de produção e um crescimento econômico nunca antes visto, diversos problemas sociais decorrentes da industrialização e o agravamento das desigualdades no interior da sociedade, especialmente o sacrifício dos trabalhadores vivendo em condições deploráveis, tornaram o modelo absenteísta de Estado insatisfatório e incapaz de garantir a harmonia social. De fato, a industrialização trouxe, além da prosperidade econômica de uma minoria, a insatisfação entre aqueles que não tinham recursos para desfrutar dos prazeres que eram proporcionados pela (paradoxalmente) chamada *belle époque*.³⁶

É nesse contexto de passagem do Estado Liberal, de cunho individualista, para o chamado Estado do bem-estar ou *Welfare State*, modelo político em que o Estado atua na proteção dos hipossuficientes buscando uma igualdade material (e não meramente formal, como era assegurado no liberalismo clássico), que emerge a segunda geração de direitos fundamentais. Esta corresponde a direitos de participação, concretizados por intermédio da implementação de políticas e serviços públicos, exigindo do Estado prestações sociais tais como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outros, sendo, por isso, denominados de *direitos positivos, liberdades positivas* ou *direitos do bem-estar*.³⁷

Finalmente, após a Segunda Guerra e o movimento mundial de internacionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, surgem os direitos de terceira geração, caracterizados pela titularidade difusa ou coletiva, tendo

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 67.

³⁶ “O século XX iniciou-se no Ocidente em clima de otimismo, com a *belle époque*. A Europa dominava imensos mares coloniais e ostentava a posição de centro do mundo. Sob o impacto da Segunda Revolução Industrial, o progresso material e científico expandia-se rapidamente, fundamentando a crença de que a humanidade avançava linearmente rumo a um futuro promissor”. VIZENTINI, Paulo Fagundes. **História do Século XX**. 3. ed. Porto Alegre: Leitura XXI, 2007. p. 11.

³⁷ Há que se destacar que nem todos os direitos fundamentais de segunda geração são direitos positivos, ou seja, prestações positivas a serem realizadas pelo Estado. Há, ainda, direitos sociais de defesa, ou negativos, como, por exemplo, o direito de liberdade sindical e o de liberdade de greve (respectivamente, artigos 8º e 9º da Constituição Federal). Neste sentido, v. I.W. SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 48.

em vista não serem concebidos para a proteção do homem isoladamente, mas sim de coletividades ou grupos.³⁸ Ao caracterizar o momento histórico do surgimento desses direitos, Martins comenta:

Nesse período iniciou-se o processo de internacionalização dos direitos humanos [...]. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1945, e com a conseqüente inauguração de uma verdadeira nova ordem de conduta na seara das relações internacionais, passou-se a estabelecer padrões universais mínimos para a proteção dos direitos fundamentais. Foi em razão do processo universalista de expansão e fortalecimento dos direitos do homem em meio à comunidade internacional que se verificou o surgimento do movimento denominado por Norberto Bobbio “multiplicação de direitos”, o que significou o maior reconhecimento e alargamento não apenas dos direitos individuais, de natureza civil e política, ou dos direitos de conteúdo econômico e social. Afirmou-se também a existência de novos direitos humanos: os direitos dos povos e os direitos da humanidade, os chamados direitos da fraternidade ou solidariedade, de terceira geração.³⁹

Assim, os direitos de terceira geração representam uma nova e importante preocupação com as gerações humanas, tanto presentes como futuras, expressando uma ideia de solidariedade e fraternidade entre os diferentes povos. São, conforme Marmelstein, “fruto do sentimento de solidariedade mundial que brotou como reação aos abusos praticados durante o regime nazista”⁴⁰. Tem-se como exemplos desses direitos o direito à paz, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural, entre outros.

Ainda no que se refere à evolução histórica dos direitos fundamentais, há uma tendência de se reconhecer uma quarta (ou até mesmo uma quinta) geração de direitos. Bonavides, por exemplo, entende que o direito à democracia, assim como o direito à informação e ao pluralismo político seriam direitos de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, compendiando “o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”⁴¹ e somente com eles seria legítima e possível a globalização política.

Os direitos fundamentais possuem características próprias que permitem afirmar haver um regime jurídico comum a esses direitos delineado na Constituição

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.

³⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva, coord.; MENDES, Gilmar Ferreira, coord.; NASCIMENTO, Carlos Valder do, coord. **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1 de 2 v. p. 237.

⁴⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571-572.

Federal e que serão, anda que em breves considerações, objeto de análise a partir de agora.

Pode-se mencionar como exemplos dessas características, a tempo realçadas pela doutrina, o fato de os direitos fundamentais serem considerados históricos, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.⁴² Além disso, conforme já destacado, os direitos fundamentais possuem como princípio orientador e unificador a dignidade da pessoa humana, que “serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna”⁴³. Como elemento integrante e irrenunciável da própria condição humana, que não pode ser criado, concedido ou retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente⁴⁴, a dignidade da pessoa humana é, “de todas as circunstâncias tratadas pelo direito, a de maior fundamentalidade social (e jurídica)”⁴⁵.

Outra nota característica dos direitos fundamentais está no princípio consagrado no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, o qual prevê a sua aplicação imediata, reforçando a juridicidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Conforme Sarlet:

Tal formulação, à evidência, traduz uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada e, de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, de tal sorte que permanece atual a expressiva e multicitada frase de Herbert Krüger, no sentido de que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas sim, em leis na medida dos direitos fundamentais.⁴⁶

⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571-572.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 107.

⁴⁴ *Idem*. **Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41-42.

⁴⁵ BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008. p. 137.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. 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, n. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 set. 2016.

Além de definir uma reforçada juridicidade, os direitos e garantias fundamentais encontram-se no chamado núcleo imodificável do texto constitucional, recebendo sólida proteção e, conforme o artigo 60, §4º, IV, da Constituição, fica retirada “do alcance do legislador constituinte de segundo grau o poder de deliberar acerca de emenda porventura tendente a abolir aqueles direitos e garantias”⁴⁷.

Nesse sentido, os direitos fundamentais receberam a garantia de uma extrema rigidez, tendo em vista que foram elevados à condição de limites materiais à reforma da Constituição, ou seja, de “cláusulas pétreas”, cujo objetivo é assegurar a sua permanência, tida como essencial.⁴⁸

As peculiaridades acima referidas (princípio da dignidade da pessoa humana como orientador e unificador, aplicação imediata e limite material à reforma constitucional) são comuns a todos os direitos fundamentais. No tocante aos direitos sociais, além de possuírem essas características, possuem outras que lhe são próprias, resultantes de suas particularidades. Assim, serão examinados alguns aspectos sobre os direitos sociais, com o fim de analisarem-se as normas constitucionais pátrias que institucionalizaram o direito à saúde como um direito social fundamental.

Os direitos sociais já foram apresentados quando do exame da segunda geração de direitos fundamentais. Como característica essencial, mencionou-se o fato de terem surgido na busca de uma igualdade material exigindo, de modo geral, a atuação do ente estatal. Segundo a lição de Sarlet, os direitos sociais “caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos, direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”⁴⁹. Considerando o homem além da sua condição individual, eles abrangem-no como cidadão que necessita de prestações estatais com o fim de garantir condições mínimas para sua subsistência.

Assim, uma função precípua dos direitos sociais é assegurar a existência das condições materiais essenciais para uma vida digna, incluindo o exercício do direito à liberdade individual por meio da garantia (não apenas formal) da igualdade

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 589.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 414.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 57.

material⁵⁰, que pode ser entendida como a igualdade em termos de oportunidades, uma vez que, sem condições materiais mínimas, a liberdade pregada pelo Estado Liberal torna-se uma ficção. Aliás, não seria nem mesmo possível pensar em real proteção da dignidade da pessoa humana sem a garantia de uma igualdade material, cuja noção é profundamente ligada aos direitos sociais. Conforme bem ressaltado por Ana Paula de Barcellos, “os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos, e que todos, conjuntamente, contribuem para a realização da dignidade humana”⁵¹.

Além de possibilitar o exercício das liberdades individuais, os direitos sociais possuem um papel de reforma estrutural e social, à medida em que atuam na distribuição de riqueza e poder dentro de uma sociedade desigual. É nesse sentido que José Reinaldo Lima Lopes refere que “os direitos sociais lidam não com a simples adjudicação de interesses protegidos (ou seja, com direitos no sentido estrito e moderno do termo), mas com distribuição de poder, riqueza e reconhecimento dentro de um grupo tão grande quanto uma sociedade nacional”⁵². Também sob a perspectiva de distribuição de riquezas, Jorge Miranda assim se refere aos direitos sociais:

E aqui sobressaem, em geral, directamente, as incumbências de promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, de eliminar progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo e de eliminar os latifúndios e reordenar o minifúndio.⁵³

Além disso, em relação à sua natureza jurídica, conforme já acenado, em nosso meio, os direitos sociais são, e não há como negar, direitos fundamentais, apresentando também características e igual proteção previstas para esses direitos (princípio da dignidade da pessoa humana como orientador e unificador, aplicação

⁵⁰ Canotilho ensina que “o princípio da igualdade é não apenas um princípio de Estado de direito, mas também um princípio de Estado social. Independentemente do problema da distinção entre ‘igualdade fática’ e ‘igualdade jurídica’ e dos problemas económicos e políticos ligados à primeira (ex.: políticas e teorias da distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um *princípio de justiça social*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 428.

⁵¹ BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008. p. 132.

⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 238.

⁵³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. v.4. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 2000. p.385-386.

imediate e limite material à reforma constitucional). A própria Constituição Federal toma essa posição ao apresentar em seu texto os direitos sociais entre os direitos fundamentais (Título II)⁵⁴. Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, José Afonso da Silva define os direitos sociais como:

[...] prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁵⁵

Os direitos sociais são, por conseguinte, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto no aspecto formal (ou seja, estão na Lei Maior e têm o status de normas constitucionais), como no aspecto material (isto é, são valores intimamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana).⁵⁶ Logo, a conclusão a que se pode chegar é que o Constituinte Originário reconheceu um conjunto abrangente e heterogêneo de direitos fundamentais, malgrado a decorrente dificuldade na sistematização e as consequências geradas na interpretação dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Por outro lado, ainda que inseridos no rol de direitos fundamentais, ao contrário dos direitos individuais clássicos (primeira dimensão), os direitos sociais se destacam por não terem por objeto uma abstenção, mas sim, via de regra, uma atividade positiva do Estado, pois esses direitos (assim como a saúde) só podem se realizar por meio de políticas públicas, ou seja, programas de ação governamental. No particular, é importante destacar que o conceito de direitos sociais abrange duas dimensões: as prestações jurídicas propriamente ditas⁵⁷, a incluir-se, neste aspecto, o direito à saúde; e, ainda, abarca uma gama de direitos chamados “de defesa”, a exemplo do direito de liberdade sindical, de greve, entre outros. Como o direito à

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 199.

⁵⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 191.

⁵⁷ Na doutrina de Robert Alexy, os direitos fundamentais sociais podem ser entendidos como direitos a prestações em sentido estrito, isto é, “*direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares*”. ALEXY, Roberto. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 499.

saúde se posiciona mais próxima da primeira dimensão (a prestacional), é sobre esta que o presente trabalho discorre em maior relevo.

1.3 A SAÚDE COMO UM DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

Pelas considerações feitas até aqui, o direito à saúde, como um bem essencial da pessoa humana, merece especial tutela tanto como direito humano quanto como direito fundamental, razão pela qual tem sido considerado, em muitas constituições modernas, como um direito social fundamental, fazendo parte da chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais, que, conforme visto, marcou a evolução do Estado de Direito para o Estado social de Direito.

Já em seu artigo 6º, a Constituição brasileira caracteriza a saúde como um direito social fundamental, ao lado de outros direitos como a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados⁵⁸, o que não significa dizer que, por ter esse caráter de direito social, a saúde consubstancie-se em norma programática incapaz de produzir *diretamente* efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo Poder Público, uma vez que isso seria negar a força normativa da Constituição.⁵⁹

Ao tratar em mais detalhes do direito à saúde, a Lei Maior, no seu Título VIII – Da Ordem Social, no Capítulo II – da Seguridade Social, e na Seção II – Da Saúde, no artigo 196, dispõe: “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”. Neste dispositivo, ao se destacar o cerne do direito à saúde positivado constitucionalmente, algumas características podem ser ressaltadas: 1 – é um direito de todos, de onde se deduz os seus titulares; 2 – é dever do Estado, indicando-o como responsável por sua prestação⁶⁰; 3 – garantido mediante políticas sociais e econômicas – ou seja, as “políticas públicas”, que

⁵⁸ Conforme redação dada pela Emenda Constitucional n. 90, de 15 de setembro de 2015, que recentemente incluiu o transporte nesse elenco de direitos sociais.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 484.

⁶⁰ Sem prejuízo do que dispõe o artigo 199, permitindo à livre iniciativa privada a assistência à saúde, podendo as instituições privadas participar de forma complementar do sistema público: “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

constituem os instrumentos por excelência para dar concretude aos direitos sociais fundamentais⁶¹; 4 – visa à redução do risco de doenças, revelando uma preocupação com a prevenção; 5 – prevê o acesso universal e igualitário às ações e serviços que permitam sua promoção, proteção e recuperação.

Germano Schwartz, quando da sua análise do referido artigo, afirma que a expressão “risco de doença” do texto da constitucional associa-se a ideia de *saúde preventiva*, ao passo que a noção de “outros agravos” está ligada à impossibilidade de tudo se prever em relação à saúde. Enfatiza, ainda, que a “promoção da saúde” se vincula com a qualidade de vida, sendo sua “proteção” traduzida na necessidade de atuação sanitária em um *momento anterior ao da doença*. Por fim, quando determinados infortúnios na área da saúde ocorrerem, ela poderá ser reestabelecida por meio de um processo “curativo”.⁶² Portanto, é possível perceber na referência constitucional do direito à saúde que há uma harmonia com a concepção prevista na Constituição da OMS cuja noção ali proposta, em muito, supera a concepção negativa de saúde (ou seja, vista apenas como a ausência de doenças), conforme já discutido.

Pela redação do Constituinte, é forçoso reconhecer que a saúde, ao menos no plano do Direito Constitucional brasileiro, é também um *dever fundamental*, cujo principal destinatário é o Estado. Ela, de fato, além de objeto de um direito, configura também um dever, e o texto do artigo 196 da CF não deixa dúvidas quanto à existência desse “direito-dever”, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem e conformação a partir da norma de direito fundamental, ou seja, os deveres fundamentais decorrentes do direito à saúde guardam pertinência com as diferentes formas pelas quais esse direito fundamental se efetiva.⁶³

Nos artigos 197 a 200, quando abordadas as diretrizes do chamado Sistema Único de Saúde (SUS), percebe-se o destaque que a Constituição conferiu às ações e aos serviços de saúde, assim como ao papel a ser desempenhando pelo Poder Público no desafiador mister de se promover este direito social fundamental.

⁶¹ PIVETTA, Saulo Londorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 253.

⁶² SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98-99.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 229 e ss.

Quanto às ações e serviços públicos de saúde (ASPS), o artigo 197 da Constituição Federal define-os como de *relevância pública*, talvez pelo impacto que a falta desse direito causaria, cabendo ao Poder Público dispor, na forma da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O artigo 198 da Constituição afirma que as ações e serviços públicos de saúde (ASPS) integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um *sistema único*, ou seja, o Sistema Único de Saúde (SUS). Este sistema possui uma *estrutura descentralizada*, ainda que com direção única em cada esfera de governo, no que se refere à execução das ações e dos serviços mencionados, tendo como diretrizes o *atendimento integral* e a *participação da comunidade*.

Ainda, conforme o § 2º do mesmo artigo 198, a Constituição prevê a *aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde*, determinados pela incidência de percentuais calculados sobre a receita corrente líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento), para a União⁶⁴; o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 155 e dos recursos de que tratam os artigos 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios, para os Estados e para o Distrito Federal; e sobre o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 156 e dos recursos de que tratam os artigos. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º, para os Municípios e para o Distrito Federal, revelando uma importante preocupação com os recursos destinados à efetividade desse direito.

O que fica em evidência em todos os mencionados dispositivos é a obrigação do Estado de proteção e efetivação do direito à saúde, embora não se possa concluir, pela restrita interpretação literal do texto constitucional, que a norma definidora desse direito não possa produzir efeitos na esfera das relações entre particulares, haja vista que estes, como destinatários, estão, igualmente, vinculados às normas que asseguram direitos e impõe deveres fundamentais. Conforme alertado por Sarlet:

[...] a não ser que se pretenda sustentar uma interpretação literal e restritiva, que, no entanto - ao menos no nosso sentir - não resiste minimamente

⁶⁴ Conforme redação dada pela Emenda Constitucional n. 86, de 17 de março de 2015, que prevê o cumprimento progressivo desse percentual.

quando se privilegia uma hermenêutica sistemática e hierarquizante, afinada, por sua vez, com os postulados da unidade da Constituição e da sua força normativa, também haverá se se reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente até mesmo de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais.⁶⁵

Por fim, a conclusão que se pode chegar é que, em face do modelo universalista previsto pela Constituição, um grande desafio surgiu a partir da sua promulgação no que se refere à efetivação dos dispositivos voltados ao direito à saúde: como principal responsável pela atenção a esse direito, o Estado tem o dever de promover políticas públicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, por meio de serviços públicos, com amplo acesso, realizado de forma universal, utilizando-se, para isso, dos recursos (escassos) de que dispõe.

Se o Estado tem o dever de promover, por meio das políticas, ações que levem à concretização do direito à saúde, é preciso discutir em que consiste essencialmente esse direito. A determinação do conteúdo do direito à saúde é matéria controversa, embora essa possível “indeterminabilidade” não possa ser invocada como entrave para sua concretização, até porque os direitos fundamentais, incluindo o direito à saúde, vinculam a legislação, os poderes e a administração pública em geral, assim como as relações jurídico-privadas,⁶⁶ em face da reforçada juridicidade já mencionada, prevista no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição.

Quando a CF refere que “a saúde é direito de todos”, seu artigo 196 não precisou rigorosamente todas as posições jurídicas que podem ser extraídas dessa norma, porque esse direito relaciona-se a inúmeros fatores que muitas vezes não são previamente identificáveis, cabendo ao legislador infraconstitucional determinar concretamente os conteúdos a que fica juridicamente vinculado o Estado. Conforme sustentado por Ingo Sarlet:

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que a nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referência genérica. Em suma o direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. 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, n. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 set. 2016.

⁶⁶ SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 49-50.

humana (desde atendimento médico até fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito a saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição. Quem vai definir o que é o direito à saúde, quem vai, neste sentido, concretizar esse direito é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição.⁶⁷

Em item anterior foi mencionado que as condições históricas propícias ao reconhecimento da saúde como um direito social, abrangendo não só a ausência de doenças, mas um completo bem-estar físico, psíquico e social, ocorreram principalmente após o segundo pós-guerra. Desde esse período até os dias de hoje, o direito à saúde passou a integrar distintos âmbitos de proteção, desde garantias próprias da primeira geração de direitos fundamentais (proteção da vida e da integridade humana), até as garantias típicas de direitos de segunda dimensão, passando a proporcionar acesso a produtos e serviços de saúde.

A partir das bases firmadas nos tópicos anteriores, pode-se afirmar, portanto, que o direito à saúde consiste em um direito social fundamental, ou seja, ele é histórico, inalienável, imprescritível, irrenunciável, tendo a dignidade da pessoa humana como princípio orientador, além possuir aplicação imediata e constituir limite material à reforma constitucional, atuando concorrentemente com outros direitos sociais na busca de uma igualdade material. Como direito a prestações, o direito à saúde “implica uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)”⁶⁸ para sua concretização. Contudo, para além dessas características, o direito à saúde possui uma nítida interdependência e conformação com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, servindo como um pressuposto para a fruição de todos os demais direitos.

De fato, não é tarefa fácil especificar de forma cabal o conteúdo do direito à saúde, tendo em vista que, conforme visto no primeiro capítulo, o próprio conceito de saúde constitui um campo aberto, muito mais próximo de uma meta em direção ao completo bem-estar físico, social e mental do indivíduo, nunca atingido de forma plena, mas sempre passível de ser desenvolvido, já que, conforme referido, a

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. 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, n. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 set. 2016.

⁶⁸ *Idem*. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 185.

Constituição, quando da positivação desse direito, alinhou-se a uma concepção que vai além do aspecto curativo, abarcando as dimensões preventiva e promocional. É por essa razão que, em virtude da adequada efetividade do direito à saúde, não se pode prescindir dos seus limites fáticos impostos pela própria realidade, conforme bem destacado por Guilherme Cintra:

A saúde trabalha com a ideia do contínuo aumento do bem-estar físico, mental e social dos indivíduos. Esse objetivo constitui uma espécie de ideal regulador, utilizado para nortear o complexo de ações, decisões e procedimentos adotados na área da saúde. Trata-se de um objetivo que possui um sentido ou valor próprio e específico para as questões sanitárias, mas que é constantemente submetido a outros condicionantes de natureza política, jurídica e econômica. O aumento do “bem-estar físico, mental e social” das pessoas também depende inevitavelmente da formulação e implementação de políticas públicas, da garantia e defesa de direitos e da administração e aplicação de recursos financeiros em um contexto de escassez.⁶⁹

Portanto, somente por meio do equilíbrio entre o objetivo ideal expresso no conceito de saúde como o “completo bem-estar físico, mental e social” e as efetivas possibilidades de sua realização pode-se definir o conteúdo do direito à saúde, que comporta condicionamentos econômicos, sociais e políticos decorrentes da vida em sociedade. Da mesma forma que o conceito de saúde, conforme já referido neste trabalho, o mencionado conteúdo do direito à saúde precisa ser permanentemente construído (e reconstruído), baseando-se sempre na realidade fática e buscando-se ao máximo possível o bem-estar e a qualidade de vida social e individual.

Outra questão relevante para a efetivação do direito à saúde diz respeito à sua titularidade, isto é, se é possível afirmar, com base no artigo 196 da Constituição, a existência ou não de um direito público subjetivo oponível em face do Estado, obrigando-o ou não a uma determinada prestação que, uma vez não cumprida, permite reclamação pelo titular desse direito por via administrativa e/ou judicial. A matéria é pertinente especialmente pela questão que, já algum tempo, vem sendo discutida no âmbito do direito à proteção e à promoção da saúde: a concessão de prestações em caráter individual ou para determinados grupos pela

⁶⁹ CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria?. In: COSTA, Alendrinno Bernardino *et al.* (Org.) **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/Unb, 2009. p. 440.

via judicial é legítima, dada a natureza coletiva que impediria uma subjetivação individual?⁷⁰

Depreende-se do texto constitucional que, em face do seu caráter universalista, o direito à saúde é a todos reconhecido pelo simples fato de serem pessoas. Nesse sentido, Ingo Sarlet refere que, em vários momentos, a Constituição, seja de forma implícita seja de forma explícita, atribuiu a titularidade dos direitos sociais a toda e qualquer pessoa, haja vista seu forte vínculo com a dignidade da pessoa humana e o seu correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, embora admita que há algum tipo de distinção a ser feita.⁷¹ Nesse passo, há uma corrente doutrinária defendendo que apenas as pessoas em desvantagem social poderiam exigir do estado as prestações que decorrem do direito à saúde. Para Schwartz, por exemplo, a saúde é um real direito público subjetivo, oponível contra o Estado, sempre que “o bem da vida esteja em jogo no caso concreto” e, agregado a este requisito, haja “prova, também no caso concreto, de que o tutelado não possui condições financeiras de arcar com as despesas sanitárias”.⁷² Também esse é o entendimento de Marmelstein, para quem, ainda que todas as pessoas possam ser titulares de direitos sociais:

[...] o Estado somente é obrigado a disponibilizar os serviços de saúde, educação, assistência social etc. para aqueles que não têm acesso a esses direitos por conta própria. Desse modo, apenas as pessoas que não podem pagar pelos serviços de saúde, de educação etc. podem, em dadas circunstâncias, exigir judicialmente o cumprimento da norma constitucional.⁷³

Em verdade, parece ser possível identificar-se no artigo 196 do texto constitucional um direito individual e, ao mesmo tempo, social, no que se refere à promoção, proteção e recuperação da saúde como um alvo a ser seguido pelo Estado. Sarlet, por exemplo, advoga que a proteção do direito à saúde não pode ser aplicada a todos sem qualquer tipo de distinção, o que não afasta, também neste

⁷⁰ Sustenta essa linha de entendimento, por exemplo, TIMM, Luciano. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51-62.

⁷¹ SARLET Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 215.

⁷² SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 57.

⁷³ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 237.

caso, a possível convivência da sua dimensão coletiva.⁷⁴ Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem sustentando uma titularidade individual e, ao mesmo tempo, coletiva do direito à saúde⁷⁵, sem prejuízo da sua tradicional jurisprudência que, há algum tempo, reconheceu um direito subjetivo individual a prestações em matéria de saúde, como na emblemática decisão exarada no Recurso de Agravo no Recurso Extraordinário n. 270.286-8, na qual o Ministro Celso de Mello declara ser a saúde um *direito público subjetivo*, que “representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art.196)”⁷⁶. Nesse sentido, Andressa Cavalheiro e José Alcebíades de Oliveira Júnior, para quem:

No caso específico do Brasil, quer nos parecer que o conteúdo do artigo 196 da Constituição da República Federativa promulgada em 05 de outubro de 1988, ao referir ser a saúde direito de todos e dever do Estado, faz com sua conduta possa ser claramente determinável, seja para que, em casos concretos, se possa exigir o respeito ao direito à saúde, sua proteção ou, então, a obrigação de satisfazê-lo. Quer nos parecer, assim, que o direito à saúde é plenamente exigível, seja por ser, no Brasil, um direito fundamental, seja por ter natureza subjetiva, seja por ser garantidor de um mínimo existencial, seja por ser conduta claramente determinável.⁷⁷

Assim, o artigo 196 da CF, quando refere que a saúde é *direito de todos e dever do Estado*, permite com que se possa exigir o respeito desse direito, assim como sua proteção ou promoção.

2 DIREITO À SAÚDE: EXIGIBILIDADE CONFLITUAL

2.1 A EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Avançando por sua consagração constitucional, conforme antes referido, o direito à saúde, por sua natureza de direito individual e, ao mesmo tempo, social,

⁷⁴ SARLET Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 219.

⁷⁵ Cita-se, como exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal de suspensão de tutela antecipada 268-9, Rio Grande do Sul, Relator Min. Gilmar Mendes, proferida em 22-10-2008.

⁷⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Especial n. 270.286 - Agravo Regimental, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12-09-2000, D.J. 24-11-2000.

⁷⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. A política de dispensação de medicamentos no Brasil: Da exigibilidade dos direitos sociais aos casos difíceis – seria possível uma resposta certa? *In*: XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012, Niterói. **Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2012. p. 66.

origina um correspondente dever de respeito, proteção e de promoção da saúde por parte do Estado que, embora tenha previsto o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde, encontra limites na realidade econômica, social e cultural, tornando, muitas vezes, conflitual a exigibilidade desse direito.

Parece consenso na doutrina o fato de que a proteção dos direitos fundamentais em geral, e a saúde em particular, comporta algum tipo de restrição, seja fática ou jurídica, ainda que esta seja ainda um campo de vasta discussão e incertezas. Ingo Sarlet, ao tratar do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, assim como os limites desses direitos, conclui:

A dogmática jurídico-constitucional contemporânea apresenta características comuns dotadas de especial importância para a realização normativa dos direitos fundamentais, dentre as quais se destacam três, que, de acordo com a tradição constitucional de matriz germânica, amplamente difundida, encontram correspondência nas seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção (ou suporte fático), limites e limites aos limites dos direitos fundamentais [...]. Certo é que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção.⁷⁸

Por sua repercussão e pelo alcance social que possui, entre todos os direitos sociais, a saúde possui uma situação conflitual peculiar que pode ser em parte explicada em face da clareza e da determinação com que o Constituinte tratou esse direito, embora a sua realização ainda não espelhe plenamente a vontade do Constituinte⁷⁹. Diante desse cenário, caracterizado pela não efetividade, ao menos de forma plena, do direito fundamental social à saúde, surge uma situação de conflito envolvendo o cidadão, que busca a concretização do seu direito, e o Estado, incapaz de viabilizar materialmente o exercício desse direito.

Quando se verificou a positivação do direito à saúde na Constituição, ficou claro que ele impõe um dever ao Estado, realizado através da atuação conjunta dos três entes da Federação⁸⁰, por meio da implementação de políticas públicas que

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 194.

⁷⁹ Embora a difícil situação da saúde pública no Brasil e o descontentamento populacional com os serviços prestados pelo Estado sejam públicos e notórios, cita-se, como exemplo, reportagem veiculada no jornal "G1.GLOBO", onde o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro pretende pedir intervenção federal para amenizar o caos da saúde no Estado. (Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/10/cremerj-vai-pedir-intervencao-federal-no-rj-para-amenizar-caos-na-saude.html>>. Acesso em: 02 set. 2016).

⁸⁰ Em conformidade com o que dispõe o artigo 23, II, da Constituição Federal.

possam promover, proteger ou recuperar a saúde, envolvendo inexoravelmente a aplicação de recursos financeiros. Partindo-se do pressuposto que todos os direitos sociais (inclusive a saúde) são plenamente exigíveis perante o Poder Judiciário,⁸¹ a efetividade do direito à saúde tem sido constantemente debatida judicialmente, conforme se pode constatar pela crescente judicialização das mais diversas demandas nesta seara, em razão dos referidos obstáculos, especialmente os de natureza orçamentária, que dificultam não só a aplicação e a realização prática desse direito, mas também a sua adequada tutela judicial.⁸²

Como exemplo dessa judicialização do direito à saúde, pode-se citar o expressivo o aumento de mandamentos judiciais relativos ao dever do Estado de prestar medicamentos, muitas vezes específicos e com elevado custo unitário. Nesse sentido, importante destacar a declaração de Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, em audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal:

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, estabeleceu a saúde como direito de todos os brasileiros e responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios. A jurisprudência brasileira, por seu turno, vem entendendo que este é um direito ilimitado que implica na obrigação do Poder Público de fornecer todo e qualquer medicamento.⁸³

Por isso, essa relação conflitual entre o exercício do direito fundamental social à saúde e a atuação do Estado sujeito à (in)disponibilidade de recursos tem sido muito discutida doutrinariamente, não sendo menos conflituosas as decisões tomadas pelo Poder Judiciário quando provocado para atuar como garantidor do exercício do direito à saúde no caso concreto.⁸⁴ Sobre essa relação conflitual envolvendo o direito a saúde, Sarlet comenta:

⁸¹ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma “*ser irrecusável o direito dos cidadãos em postular jurisdicionalmente os direitos que decorrem das normas constitucionais reguladoras da Justiça Social*”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 52.

⁸² Somente no Rio Grande do Sul, noticia-se que o Governo do Estado tenha desembolsado R\$ 300,1 milhões em 2015 para a compra de remédios determinada pelo Poder Judiciário, conforme notícia divulgada pelo site “ClicRBS”, disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/11/gasto-com-judicializacao-da-saude-sobe-28-7-em-tres-anos-no-rs-8288172.html#showNoticia=UkNyTTxhJnc0NTYwMTgxODE2OTc1MTgzODcyXTVDNzkwMjl4NzA0NzYxNzM2NTE0NkpyWjlzNTMwODc4NzExOTczODA2MDhEK3xceEN9REpiTi4mM2xWeyw=>>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

⁸³ GONÇALVES, Janaína Barbier. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

⁸⁴ Oportuno destacar-se a comparação feita por Gustavo Amaral onde decisões do Poder Judiciário brasileiro apresentam concepções absolutamente díspares para a aplicação no caso concreto do direito à saúde. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos

É, contudo, no âmbito do direito à saúde que talvez encontremos a maior gama de questionamentos, bem como a produção mais relevante na seara doutrinária e jurisprudencial, especialmente no que concerne à possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos diretamente embasados na Constituição. Além disso, é nesta seara que os problemas de efetivação assumem dimensão muitas vezes trágica, não sendo raros os casos em que a falta das prestações materiais ceifou a vida dos titulares do direito. Com efeito, não foi sem razão que, recentemente, houve até mesmo quem apontasse para a necessidade de escolhas “trágicas”, especialmente (mas não exclusivamente) na esfera da saúde, tendo em conta o permanente conflito entre a inevitável escassez de recursos e o desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais.⁸⁵

A verificação da possibilidade do exercício eficaz do direito à saúde em face das limitações referidas, portanto, não pode prescindir da análise da questão relativa à capacidade de atendimento desse direito diante da questão do seu custo e da disponibilidade limitada de recursos materiais e financeiros, o que tem levado o Estado, em muitas vezes, a alegar uma “reserva do possível”, isto é, a viabilização de apenas a garantia do “mínimo existencial”. É justamente essa a problemática ressaltada por Figueiredo e Sarlet:

Como dá conta a problemática posta pelos que apontam para um “custo dos direitos” (por sua vez, indissociáveis da assim designada “reserva do possível”), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais.⁸⁶

Por conseguinte, a implementação e a efetivação do direito à saúde (assim como os direitos sociais de modo geral), em sua característica prestacional, envolve, inevitavelmente, além de outros limites, a questão dos recursos públicos disponíveis, levando ao debate sobre a reserva do possível e as restrições que este instituto possa impor ao direito social fundamental à saúde, especialmente com implicações no aqui denomina-se mínimo existencial. É o que será examinado a seguir.

para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26-34.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 311.

⁸⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 31.

2.2 A RESERVA DO POSSÍVEL

A partir de todas as considerações já feitas, em que pese a suficiente determinação constitucional do conteúdo da proteção estatal no que se refere à proteção do direito à saúde, conforme já mencionado, não é possível afastar, de forma absoluta, a barreira fática da reserva do possível. Sarlet afirma que “negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar recursos materiais para a sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real”⁸⁷. Entretanto, ainda que legítima em certos casos, a reserva do possível muitas vezes é invocada inapropriadamente pelo Estado para se eximir de cumprir seu papel na concretização de direitos fundamentais sociais como a saúde. Por essa razão, neste capítulo será analisado este instituto juntamente com parâmetros relacionados à sua aplicabilidade.

É no contexto da dificuldade de realização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 que, a partir de meados da década de 1990, a doutrina brasileira começou a discutir a teoria da “reserva do possível”, embora tal tema já tivesse sido tratado, a partir do início dos anos de 1970, pelo Poder Judiciário alemão no famoso caso *numerus clausus*, onde se discutia a questão das vagas nas universidades e a razoabilidade de se exigir do Estado vaga para todo o cidadão que tivesse interesse em um curso de nível superior.⁸⁸

Como assunto intrinsecamente relacionado ao custo dos direitos⁸⁹, a reserva do possível pode constituir um argumento jurídico-fático à implementação dos direitos previstos na Constituição em razão da insuficiência financeira e orçamentária. Segundo Ana Paulo de Barcelos a expressão “reserva do possível” pode ser utilizada para descrever o fenômeno da limitação dos recursos disponíveis em face da infinidade de demandas a serem atendidas.⁹⁰

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 354.

⁸⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 31.

⁹⁰ BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008. p. 261-263.

A reserva do possível também pode ser vista como uma proteção contra pretensões que, uma vez satisfeitas, poderiam colocar em risco o equilíbrio do sistema jurídico, como bem ressaltado por Ana Carolina Olsen, para quem “Não é que os direitos vigem ‘sob uma reserva do possível’, mas que em determinados casos específicos, sua satisfação pode comprometer outros bens juridicamente relevantes”.⁹¹

Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo referem que a reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão, que abrange:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; b) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.⁹²

Conforme salientado pelos autores, as três dimensões guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, ainda, um equacionamento sistemático e adequado, a fim de que possam servir não com barreira intransponível, mas como uma ferramenta para a garantia dos direitos sociais de cunho prestacional. Em verdade, a teoria da reserva do possível tem sido utilizada para legitimar a negligência dos poderes públicos no uso e destinação dos recursos financeiros, tornando a proteção dos direitos fundamentais comprometida, em face da realidade de escassez de recursos, muitas vezes apresentada como dogma insuperável, posição que não se pode concordar.

Assim, a partir dessa tríplice dimensão, aliada a elementos que adiante serão detalhados, pode-se afirmar que a reserva do possível, para que possa ser legitimamente argumentada, deve ser tratada como matéria excepcional de defesa do estado, que, uma vez alegada, deve ser devidamente comprovada, respeitando sua dimensão tríplice, em razão da disponibilidade fática e jurídica, assim como o

⁹¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais** - Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2008. p. 222-223.

⁹² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.

princípio da proporcionalidade, quando se está diante de um caso concreto envolvendo o papel do Estado na efetivação dos direitos sociais, especialmente o direito à saúde.

Uma vez delineados alguns aspectos sobre a origem e o conceito do que se entende por “reserva do possível”, cumpre esclarecer alguns elementos dessa teoria a fim de sustentá-la quando da sua aplicação na efetividade do direito fundamental à saúde.

Em primeiro lugar, uma vez que incumbe ao Estado um papel de destaque na efetivação dos direitos sociais prestacionais, especialmente o direito à saúde, a ele cabe o ônus de argumentar a impossibilidade fática de cumprir este papel, isto é, a reserva do possível é *matéria de defesa do Estado*, não sendo cabível ao particular invocá-la, ainda que a norma do direito em questão possa produzir efeitos na esfera das relações entre particulares, conforme já referido.

Em segundo lugar, a alegação da reserva do possível tem *caráter excepcional*, isto é, ela somente pode ser invocada pelo Estado pela real impossibilidade de efetuar o direito fundamental à saúde pleiteado sem prejuízo da coletividade ante a escassez de recursos, já que somente por justo motivo se poderia aceitar o inadimplemento estatal dos deveres que constitucionalmente lhe foram determinados. Nesse sentido, afirma Gustavo Amaral que:

A reserva do possível significa apenas que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha *desproporcional, imoderada ou não razoável* por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas [...]. Haveria, em síntese, uma presunção de ilegalidade ou irregularidade da conduta estatal aparente desconforme com o programa ou regra constitucional ou legal, devendo a Administração Pública demonstrar suas razões, não como razões de estado, mas como razões de convencimento, sua motivação para a escolha de que interesses seriam sacrificados.⁹³

Em terceiro lugar, não se pode permitir a inversão do ônus dessa prova de legítima aplicação da reserva do possível em desfavor do jurisdicionado, pois não

⁹³ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 116-117.

seria razoável exigir deste os dados e informações necessárias para se proceder essa análise, muito mais acessíveis ao Poder Público.⁹⁴

2.3 A QUESTÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Uma vez brevemente apresentados os obstáculos que tornam conflitual a aplicação do direito à saúde, assim como os limites que a reserva do possível podem demarcar, passa-se a trazer considerações sobre a teoria do mínimo existencial, destacada na doutrina brasileira e na estrangeira como auxiliar na efetivação dos direitos sociais, a exemplo da saúde.

Delimitar, de forma precisa, o conceito de mínimo existencial é tarefa complexa que não poderia se adequar aos limites do presente trabalho, especialmente porque há uma multiplicidade de ideias sobre o tema, com distintos fundamentos. Assim, Ricardo Lobo Torres, por exemplo, advoga que o mínimo não possui um conteúdo específico, abrangendo qualquer direito, ainda que originalmente não fundamental, bastando que seja considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial:

Assim, há um mínimo existencial no direito tributário, financeiro, previdenciário, civil, penal, internacional, cosmopolita, etc. A posição do mínimo existencial, como a dos direitos fundamentais dos nossos dias, é de absoluta centralidade, irradiando-se para todos os ramos do direito e subsistemas jurídicos.⁹⁵

Ana Paula de Barcelos, por sua vez, identifica o mínimo existencial com o direito à educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça.⁹⁶

⁹⁴ Conforme referido em um acórdão recente do STF pelo Ministro Ricardo Lewandowski, “[...] A reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental. A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia”. RE 592581/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, julgado em 13/08/2015, DJe 01/02/2016.

⁹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009. p. 14

⁹⁶ BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008. p. 288.

Ingo Sarlet não chega a traçar um conteúdo específico para o mínimo, mas dispensa especial atenção a direitos como o salário mínimo, a assistência social, a previdência social, a saúde e a educação, afirmando também que, ainda que este “mínimo” não seja expressamente previsto na Constituição, fundamenta-o o próprio princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] a garantia (direito) do mínimo existencial depende e expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, já que decorre da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à a garantia do mínimo existencial, os direitos sociais específicos (como a assistência social, à saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial, notadamente para alguns efeitos específicos [...].⁹⁷

O referido autor sustenta, ainda, que na base dos quatro mencionados direitos sociais expressamente previstos pelo Constituinte, encontra-se a necessidade de preservação da própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo, aspecto que assume especial relevância para o direito à saúde, mas inclui também um padrão da vida que atenda aos mais elementares padrões de dignidade.

A conclusão que se pode chegar é que, em linhas gerais, o mínimo existencial pode ser identificado como um conjunto de bens e condições materiais básicas as quais, quando suprimidas, comprometem a dignidade humana, podendo ser considerado como o *núcleo essencial dos direitos sociais*. Estando fora da esfera de intervenção do Estado e da sociedade, inclusive *inadmitindo-se a arguição da teoria da “reserva do possível”*, o mínimo existencial corporifica o conjunto de prestações fáticas que podem ser consideradas básicas para uma vida digna, aí incluindo-se com especial destaque a saúde, estando no núcleo material essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. No que concerne especificamente ao direito à

⁹⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25.

saúde, ao abordar o tema da escassez de recursos como justificativa para a não garantia desse direito, Rogerio Gesta Leal afirma:

É claro que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde, eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima, e por isto estarão sujeitos ao controle jurisdicional para fins de se aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais nesse sentido, devendo inclusive ser aprimorados os parâmetros, variáveis, fundamentos e a própria dosimetria concretizante dos direitos em xeque.⁹⁸

Portanto, a noção do mínimo existencial pode ser tomada como ponto de partida para se defender a exigibilidade do direito à saúde e a sua correspondente efetividade, já que o argumento puro e simples de falta de recursos não pode ser utilizado como impeditivo para ser negado o direito à saúde: deve-se superar os obstáculos que tornam conflitual o exercício desse direito, com destaque ao relevante papel exercido pelo Poder Judiciário nesse mister, a fim de que a dignidade da pessoa humana, com núcleo delineado no mínimo existencial, possa ser preservada.

3 A PEC N. 241 DE 2016: O “NOVO REGIME FISCAL” E O DIREITO À SAÚDE

3.1 INTRODUÇÃO

Conforme até aqui visto, o direito social fundamental à saúde, desde a promulgação da Constituição, tem sido exigido de forma conflitual em razão de diversas limitações, destacando-se as de ordem financeira e os recursos escassos disponíveis, levando-se em conta os princípios da universalidade, integralidade e igualdade no acesso aos bens e serviços inscritos na Lei Maior. A efetividade do direito à saúde tem sido tema recorrente, trazendo como frutos dessa discussão as duas teorias apresentadas: a da reserva do possível e do mínimo existencial. Nesse debate insere-se a PEC n. 241, que propõe um “Novo Regime Fiscal” ao estabelecer um limite ou teto de despesas primárias que se baseia na correção das despesas do ano anterior pela inflação do mesmo período durante a sua vigência. É sobre essa proposta que se fará uma análise crítica em face de tudo que já foi aqui exposto.

⁹⁸ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais**. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 241 de 2016 (ou PEC n. 55 de 2016, no Senado Federal), que “altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências”, foi recentemente aprovada pela Câmara dos Deputados, sendo encaminhada ao Senado Federal para discussão e aprovação, consoante previsto no §2º do artigo 60 da Constituição Federal.⁹⁹ Mas o que vem a ser esse “Novo Regime Fiscal”?

A PEC 241, em seu artigo 1º, institui um Novo Regime Fiscal – NRF a partir do acréscimo dos artigos 101 a 109 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), complementado, pelo artigo 2º dessa proposta, pela revogação do artigo 2º da Emenda Constitucional n. 86 de 17 de março de 2015. Ainda, o artigo 3º da PEC determina a vigência imediata da Emenda, uma vez aprovada e concluídos os trâmites constitucionalmente exigidos.

Segundo a própria exposição de motivos da PEC, esse “Novo Regime” é um instrumento proposto que “visa reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de agudo desequilíbrio fiscal em que nos últimos anos foi colocado o Governo Federal”. Para isso, a proposta, com o acréscimo do artigo 101 do ADCT, estabelece que o Novo Regime *vigorará por vinte exercícios financeiros*¹⁰⁰, com *abrangência limitada à União*. O artigo 102 sugerido pela PEC propõe um limite individualizado para a despesa primária total dos Poderes e Órgãos da União, isto é, “simplicadamente, o NRF impõe um teto para os gastos primários da União, que passam a ter como base os gastos efetivamente ocorridos em 2016, corrigidos pela inflação medida pelo IPCA”.¹⁰¹

Sobre esse limite aplicado nos vinte exercícios financeiros de duração do NRF, comenta Vieira Júnior:

⁹⁹ Conforme ofício n. 1625/2016/SGM-P da Câmara dos Deputados, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54351712F308A136A619305EFFDDAB7C.proposicoesWebExterno2?codteor=1502623&filename=Tramitacao-PEC+241/2016>. Acesso em: 11 nov. 2016.

¹⁰⁰ Exatamente por se apresentar com essa natureza de “provisoriedade de vinte exercícios financeiros” que a PEC n. 241 altera não a parte permanente da Constituição, mas sim o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Entretanto, essa “provisoriedade” é, no mínimo, inusitada, haja vista que o Plano Plurianual, como instrumento de planejamento de médio a longo prazo previsto no corpo permanente da Constituição, tem validade de 4 (quatro) anos, ao passo que as regras “transitórias” da possível Emenda disciplinariam a elaboração orçamentária por 20 (vinte) anos.

¹⁰¹ FREITAS, Paulo Springer. A PEC nº 55, de 2016, e seus Impactos sobre os Gastos Primários e Endividamento Público. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2016 (**Boletim Legislativo nº 54, de 2016**). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 14 nov. 2016. p. 1.

O inciso I do § 1º do art. 102 estabelece que o limite das despesas primárias equivalerá, para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento). Esse percentual de correção equivale à taxa de inflação presente em 2016. Para os demais 19 (dezenove) exercícios financeiros, consoante determina o inciso II do § 1º, o limite das despesas primárias equivalerá ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, publicado pelo IBGE, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária. Em síntese, o limite de despesas primárias em um exercício será a resultante do limite referente ao exercício imediatamente anterior corrigido pelo índice indicado que apura a variação da inflação no período indicado.¹⁰²

Ainda, conforme o §2º do artigo 102 previsto pela PEC, os limites a serem observados pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal, pelos Tribunais que integram o Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública da União, na elaboração das suas respectivas propostas orçamentárias, não poderão ser superiores aos estabelecidos nesse artigo, permitindo-se concluir que não há margem para discussão no que se refere à fixação de novos limites máximos para as despesas desses órgãos, no âmbito das leis de diretrizes orçamentárias, uma vez que os limites para as despesas primárias seriam necessariamente os fixados conforme a regra estabelecida no mencionado artigo 102.

Por sua vez, o § 6º do artigo 102 sugerido pela PEC trata das exceções do NRF e dispõe que não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos as transferências constitucionais estabelecidas pelos artigo 20, § 1º (royalties da exploração do petróleo, de recursos hídricos para a geração de energia elétrica e de outros minerais devidos aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União); artigo 146, parágrafo único, inciso III (distribuição de recursos que cabem aos entes federados em face da centralização e unificação do recolhimento de impostos e contribuições no regime de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte); artigo 153, § 5º (transferência da parte que cabe aos Estados, Distrito Federal e Municípios dos recursos arrecadados com a tributação do ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial); artigo 157 (participação dos Estados e do Distrito Federal na arrecadação

¹⁰² VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. As Inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” Instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2016 (**Boletim Legislativo nº 53, de 2016**). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 14 nov. 2016. p. 8.

de recursos de impostos de competência da União); artigo 158, incisos I e II (participação dos Municípios na arrecadação de recursos de impostos da competência da União); artigo 159 (recursos da União distribuídos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e Fundo de Participação dos Municípios); artigo 212, § 6º (cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação); e as despesas referentes ao artigo 21, *caput*, inciso XIV (Fundo Constitucional do Distrito Federal), todos da Constituição, e as complementações de que trata o artigo 60, *caput*, incisos V e VII (complementação pela União dos valores mínimos por aluno no âmbito do FUNDEB), do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (inciso I).¹⁰³

Sem dúvida, a PEC n. 241 de 2016 (ou PEC n. 55 de 2016, no Senado Federal) é polêmica e não há ainda um consenso sobre os resultados de sua aprovação, especialmente pelo “congelamento” dos gastos públicos e a alteração da forma como serão financiados direitos sociais como a saúde e a educação. Essa polêmica foi amplamente divulgada pela mídia.¹⁰⁴ Contudo, o presente trabalho, por meio de uma análise crítica, focará especificamente nos impactos oriundos da aprovação dessa possível Emenda sobre o direito social fundamental à saúde, conforme comentando a seguir.

3.2 A PEC 241 DE 2016 E AS ALTERAÇÕES NOS GASTOS COM SAÚDE

Conforme já referido neste trabalho, o direito a saúde possui uma situação conflitual peculiar. Demonstração disso pode ser obtida pelo fato de existir vinculação de recursos para a área da saúde, sempre tema de discussão e debates, tendo em vista as frequentes crises financeiras enfrentadas pelo sistema para a manutenção das ações e serviços públicos garantidos constitucionalmente e o descumprimento por parte do Poder Público dos percentuais mínimos a serem investidos nesse direito. Sintetizando a evolução das regras de financiamento do SUS, Vieira e Benevides ressaltam que:

¹⁰³ VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. As Inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” Instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2016 (**Boletim Legislativo nº 53, de 2016**). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 14 de nov. de 2016. p. 9-10.

¹⁰⁴ Cita-se, a título de exemplo, notícia “Entenda o que está em jogo (e as polêmicas) com a PEC que limita o gasto público”, veiculada no site “G1.GLOBO”, disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/entenda-o-que-esta-em-jogo-e-as-polemicas-com-a-pec-que-limita-o-gasto-publico.html>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

No período pós-Constituição de 1988, a regra transitória de aplicação de recursos em saúde pela União era de 30% do Orçamento da Seguridade Social, percentual que nunca foi respeitado. O SUS experimentou na década seguinte graves crises de financiamento, sem que fosse adotada uma solução definitiva para o problema, seja pelo Poder Executivo ou Legislativo (Ministério da Saúde e Organização Pan-Americana da Saúde, 2013). A criação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), por exemplo, não garantiu mais recursos para a saúde, devido à substituição das fontes de financiamento do MS. No período pós EC 29, a vinculação das despesas ao crescimento do PIB garantiu certa estabilização ao financiamento federal do SUS, mas com as despesas limitadas ao piso constitucional e com elevada inscrição de despesas como restos a pagar. É importante sublinhar que, ao deduzir os restos a pagar cancelados ao longo dos anos dos respectivos pisos anuais, é possível verificar que o mínimo constitucional não foi efetivamente aplicado na maioria dos anos do período de 2002 a 2013.¹⁰⁵

A Proposta de Emenda Constitucional 241 de 2016 também trata das aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde, incidindo diretamente no comando Constitucional (atual artigo 198) que prevê a aplicação pela União de recursos mínimos para a efetivação desse direito, determinados pela incidência de percentuais calculados sobre a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento), cumpridos progressivamente, sendo garantido, no mínimo: I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação da Emenda Constitucional n. 86/2015; II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação da Emenda Constitucional n. 86/2015; III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação da Emenda Constitucional n. 86/2015; IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação da Emenda Constitucional n. 86/2015; V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação da Emenda Constitucional n. 86/2015.

Por conseguinte, com a redação atual do artigo 198 do texto Constitucional, a União é obrigada a aplicar, em cada exercício financeiro, no mínimo, um percentual

¹⁰⁵ VIEIRA, Fabíola; BENEVIDES, Rodrigo. **Nota Técnica nº 28 – Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), setembro/2016.

de 15% de sua Receita Corrente Líquida¹⁰⁶ em saúde, feito de forma progressiva, iniciando-se em 13,2% até os 15% após cinco exercícios financeiros da promulgação da Emenda Constitucional n.86/2015, que assim disciplinou a matéria. Com a aprovação da PEC 241, essa configuração é alterada em dois momentos distintos: para o ano de 2017, os gastos mínimos em ações e serviços públicos de saúde corresponderão àqueles atualmente especificados no artigo 198 da Constituição; em um segundo momento, do ano de 2018 em diante, o piso de gastos com saúde corresponderá ao piso do ano anterior, corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou outro índice que vier a substituí-lo, da mesma forma como será corrigido o total de gastos primários.

Assim, com a aprovação da PEC, em vez de ser uma função da receita corrente líquida (15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro), os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde passam a ser determinados pela mera atualização monetária (ou seja, pela variação da inflação do ano anterior medida pelo IPCA) dos recursos alocados no exercício de 2017. Entretanto, qual o impacto dessas alterações no direito à saúde e o seu respectivo financiamento? Para enfrentar essa questão, utilizar-se-á, aqui, como subsídio técnico, um estudo intitulado “Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil”¹⁰⁷, elaborado pelos pesquisadores Fabíola Vieira e Rodrigo Benevides do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que analisam, com detalhe, os efeitos da PEC n. 241 de 2016 (PEC n. 55, de 2016, no Senado Federal) sobre a saúde.

A primeira conclusão óbvia a ser observada na forma como a PEC altera o financiamento, no âmbito da União, do direito à saúde consiste na desvinculação das despesas dessa área da receita corrente líquida. Conforme já referido, o valor base para o piso a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde será o valor

¹⁰⁶ Segundo o artigo 2º da Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a receita corrente líquida corresponde ao somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos, no caso da União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições aos planos de seguridade social do Programa de Integração Social – PIS e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP.

¹⁰⁷ In: **Nota Técnica nº 28**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília: setembro/2016.

real aplicado no exercício de 2016, apenas corrigido pelo IPCA para os próximos vinte anos. Uma das justificativas para tal mudança, conforme referido na exposição de motivos da proposta, diz respeito ao fato de a despesa pública ser, no atual sistema constitucional, *procíclica*, ou seja, há um crescimento da despesa quando a economia cresce e vice-versa. Assim, “o governo, em vez de atuar como estabilizador das altas e baixas do ciclo econômico, contribui para acentuar a volatilidade da economia: estimula a economia quando ela já está crescendo e é obrigado a fazer ajuste fiscal quando ela está em recessão”.¹⁰⁸

Apresentada como uma forma de enfrentar o “problema” de possuímos uma estrutura procíclica da despesa pública, a exposição de motivos da PEC argumenta em favor da extinção da vinculação dos recursos aplicados em saúde a um percentual da receita corrente líquida, permitindo “uma trajetória suave do gasto público, não influenciada pelo ciclo econômico”, uma vez que o Novo Regime Fiscal é *anticíclico*, isto é, fixa-se um “teto” para os gastos, uma trajetória real constante, ao passo que a receita, variando junto com o ciclo, “resultará em maiores poupanças nos momentos de expansão e menores superávits em momentos de recessão”. Essa seria a “essência” de um regime fiscal anticíclico.

Em parecer de admissibilidade e constitucionalidade da proposta, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados afirma que a PEC não retira do corpo permanente da Constituição o sistema de vinculação de receitas a despesas com saúde, já que somente provisoriamente altera essa vinculação, em montantes mais compatíveis com o atual cenário fiscal vivido, não prejudicando o acesso dos cidadãos aos serviços e ações em saúde:

A PEC altera, por prazo determinado, o sistema de vinculação de receitas a despesas com ações e serviços públicos de saúde e com manutenção e desenvolvimento de ensino. Diferentemente de outras despesas, a essas foi concedida a garantia de atualização a cada ano. Em outras palavras, ainda existirá a obrigatoriedade de aplicação mínima nos setores de saúde e educação públicas, embora em outros moldes, mais condizentes com a situação fiscal que presenciaremos nos próximos anos. Não há como, portanto, concluir que o acesso dos cidadãos aos serviços públicos em discussão será prejudicado, mesmo porque se a crise econômica persistir (e a crise fiscal é, sem dúvida, o núcleo desta crise econômica), a arrecadação tributária será comprometida, reduzindo as fontes de recursos atualmente existentes.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Conforme a exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional n. 241 de 2016, a EMI nº 00083/2016 MF MPDG, de 15 de junho de 2016.

¹⁰⁹ Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados sobre a Proposta de Emenda Constitucional n. 241 de 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>

Sobre este aspecto, não há como não se fazer críticas ao Novo Regime Fiscal, especialmente no que concerne aos recursos aplicados em saúde. Em primeiro lugar, a própria “provisoriedade” da Emenda causa perplexidade: ela possui previsão de duração de 20 anos. Em segundo lugar, de acordo com alguns especialistas, os valores do exercício de 2016 aplicados em saúde foram considerados baixos se comparados com o ano anterior.¹¹⁰ Assim, o Novo Regime, ao tomar o ano de 2016 como base, parte de um ano em que a receita corrente líquida é inferior à média, em face da crise que o País vivencia, sendo também baixo o piso do qual parte o Novo Regime Fiscal para a determinação dos valores mínimos a serem aplicados em saúde para a União nos exercícios vindouros.

Resta evidente também que, ao deixar de ser uma função da receita corrente líquida, os valores aplicados na área da saúde serão menores com a provação da PEC, se comparados com as normas previstas em Emendas Constitucionais anteriores, principalmente quando o cenário for de crescimento econômico, já que esse valor base para a saúde será determinado com base fixa (vigente no ano de 2016) apenas corrigido seu valor por meio do IPCA. A atual regra do artigo 198 e as regras previstas pela Emenda Constitucional n. 86/2015 têm o diferencial de obrigar, no momento em que houver maior arrecadação, a aplicação de mais recursos na área da saúde, o que não ocorre com a provação da PEC n. 241. Apresentando vários cenários sobre a evolução dos recursos mínimos aplicados em saúde a partir da aprovação da PEC n. 241/2016, os pesquisadores Fabíola Vieira e Rodrigo Benevides concluem que a aprovação da proposta *impactará negativamente no financiamento da saúde no Brasil*. Segundo os referidos pesquisadores:

Em 2015, sob a vigência da regra da EC 29, o montante de recursos aplicados pelo governo federal em ASPS correspondeu a 14,8% da RCL daquele ano (R\$ 100 bilhões). Para 2016, o orçamento federal previsto alcançaria o percentual de 15,5% da RCL, ainda que a aplicação mínima pela EC 86 seja de 13,2% da RCL, dado que a RCL está se realizando em patamar inferior ao previsto quando da elaboração da proposta orçamentária. Considerando o cenário base de manutenção das regras da EC 86, a participação do limite mínimo em ASPS na RCL cairia para 13,7% em 2017 e aumentaria de forma escalonada para 15,0% da RCL em 2020.

[proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1479001&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+241/2016>](#). Acesso em: 1º dez. 2016.

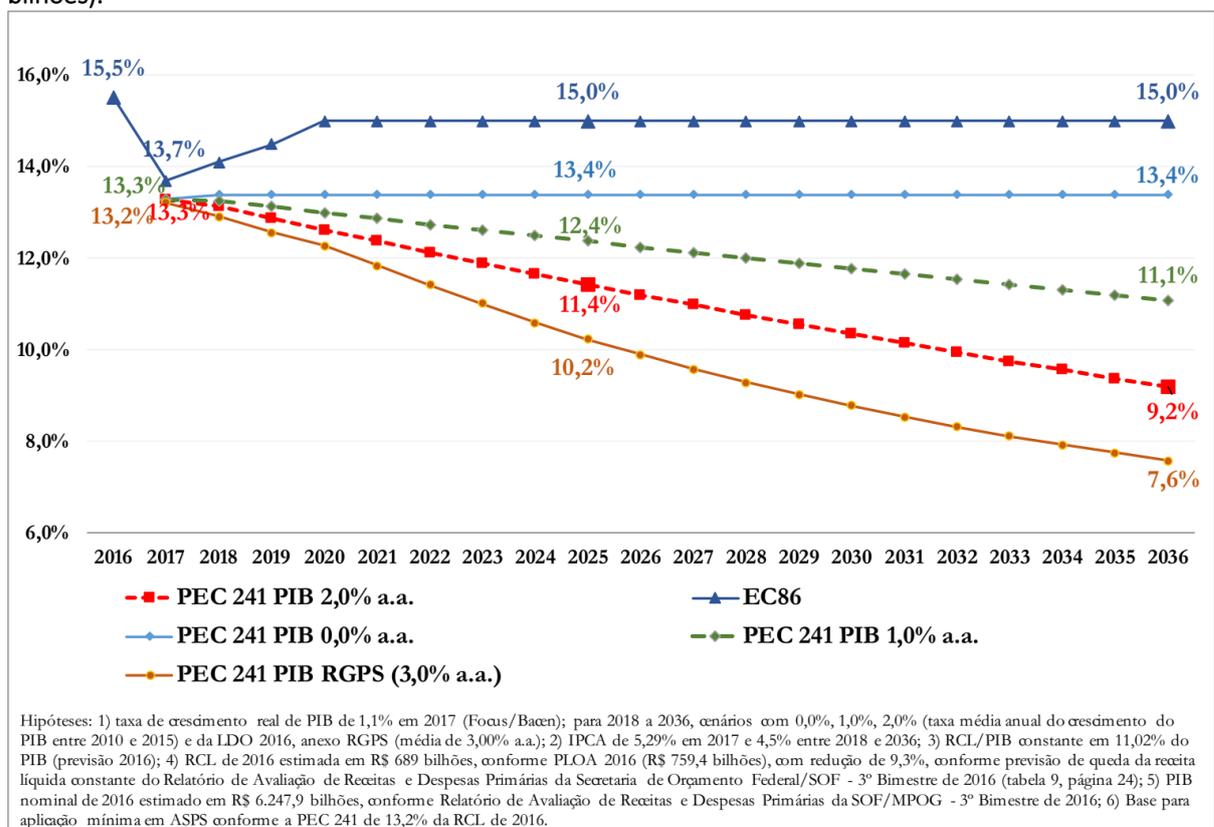
¹¹⁰ VIEIRA, Fabíola; BENEVIDES, Rodrigo. **Nota Técnica nº 28 – Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), setembro/2016. p. 08.

Com a PEC 241, ficaria estável em 13,4% da RCL até 2036 em caso de taxa de crescimento real do PIB de 0,0% durante todo o período. Nas hipóteses de crescimento econômico positivo, a proporção ASPS/RCL cairia em 2036 para 11,1% da RCL com taxa de crescimento real do PIB de 1,0% ao ano; 9,2% da RCL com aumento real do PIB de 2,0% ao ano; e 7,6% da RCL com o cenário das projeções atuariais do RGPS.¹¹¹

E para ilustrar as conclusões obtidas, a Nota Técnica apresenta o Gráfico abaixo:

Figura 1

Projeção do impacto da PEC 241 sobre o gasto federal com Saúde em comparação com a manutenção da regra da EC 86 - em % da RCL (Hipóteses: piso da PEC 241 = 13,2% da RCL de 2016; e RCL 2016 = R\$ 689 bilhões).



Fonte: VIEIRA, Fabíola; BENEVIDES, Rodrigo. **Nota Técnica nº 28 – Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), setembro/2016. p. 12.

Em conclusões semelhantes, a partir de simulações abaixo representadas através de gráfico, a Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados apresenta a efetiva evolução do piso da saúde a partir de 2010 e os valores de piso caso a regra da PEC estivesse vigente a partir de 2011

¹¹¹ VIEIRA, Fabíola; BENEVIDES, Rodrigo. **Nota Técnica nº 28 – Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), setembro/2016. p. 11.

da despesa com saúde, independentemente do crescimento econômico e da possível melhoria nas contas públicas.

A redução de recursos aplicados pela União em saúde, conforme referido anteriormente, também pode trazer significativas mudanças na relação entre Estado e cidadão, quando da exigibilidade do direito social fundamental à saúde. Isso porque, conforme discutido, esse direito origina um correspondente dever de respeito, proteção e de promoção da saúde por parte do Estado que, embora tenha previsto constitucionalmente o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde, encontra limites na realidade econômica, tornando, conflitual a exigibilidade desse direito.

A primeira constatação que importa mencionar refere-se ao fato de que, havendo menos recursos para a saúde, mantendo-se a mesma demanda ou mesmo aumentando-a, maior será a dificuldade de acesso às ações e serviços públicos de saúde e a correspondente efetividade desse direito fundamental. Vieira e Benevides, com base em estudo de projeção da população brasileira publicado pelo IBGE¹¹², alertam para o aumento populacional para o horizonte da PEC n. 241, isto é, 2036. Nesse ano, a população estimada de brasileiros é de 226,9 milhões, representando um incremento de 10,1% quando comparado com o ano de 2016.¹¹³ Além disso, o aumento das taxas de expectativa de vida e de envelhecimento da população geram outro fator de pressão sobre a saúde pública, tanto no que se refere ao atendimento hospitalar, com consultas e exames, como na demanda por remédios para doenças comuns da idade avançada e outros tipos de males. Os pesquisadores do IPEA fazem um alerta:

Caso seja aprovada, a PEC 241 tampouco possibilitará a redução das desigualdades na oferta de bens e serviços de saúde no território nacional. Não só não haverá espaço no orçamento para tanto, como o teto das despesas primárias, em um contexto de aumento acelerado das despesas previdenciárias, levaria a um processo de disputa das diversas áreas do governo por recursos cada vez mais escassos.¹¹⁴

¹¹² Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

¹¹³ VIEIRA, Fabíola; BENEVIDES, Rodrigo. **Nota Técnica nº 28 – Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), setembro/2016. p. 13.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 21.

Outro fator que não se pode deixar de considerar refere-se ao fato de que é exatamente nos períodos de crise e recessão, com aumento do desemprego, que mais se agravam os problemas sociais e aumenta-se a desigualdade. Sem condições de pagar por um plano privado de saúde, a parcela da população que já se encontra em uma situação de maior vulnerabilidade, tenderá a produzir maior demanda pelas ações e serviços públicos de saúde.

Assim, com o provável aumento na demanda, a redução dos investimentos em saúde torná-los-ia ainda mais insuficientes para fazer frente às necessidades de promoção, prevenção e recuperação da saúde brasileira, advindo uma disputa maior pelos escassos recursos ainda disponíveis.

3.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PEC N. 241 DE 2016 E O RETROCESSO NA COBERTURA SOCIAL DO DIREITO À SAÚDE

Neste momento do estudo, a partir das considerações feitas nos capítulos anteriores, é possível fazer uma análise da compatibilidade com a ordem jurídica da Proposta de Emenda Constitucional n. 241/2016 (ou n. 55 no Senado Federal), no que se refere ao direito social fundamental à saúde, em face das características e do conteúdo desse direito determinadas pelo Constituinte Brasileiro.

Conforme já referido quando se analisou as chamadas “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais, viu-se que o surgimento dos direitos fundamentais tem como característica marcante a necessidade de limitação do poder estatal, isto é, objetivava-se assegurar aos indivíduos uma fruição de autonomia e liberdade servindo como barreira de proteção dos cidadãos contra a indevida intromissão do Estado em sua vida privada. Por volta do final do século XIX e início do século XX, após a denominada Revolução Industrial, no contexto de passagem do Estado Liberal, de cunho individualista, para o chamado Estado do bem-estar ou *Welfare State*, modelo político em que o Estado atua na proteção dos hipossuficientes buscando uma igualdade material (e não meramente formal, como era assegurado no liberalismo clássico), que emergiu a segunda geração de direitos fundamentais.

Como característica essencial, os direitos sociais surgiram na busca de uma igualdade material exigindo, de modo geral, a atuação do ente estatal. Segundo a lição de Sarlet, os direitos sociais “caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos,

direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”¹¹⁵. Considerando o homem além da sua condição individual, eles abrangem-no como cidadão que necessita de prestações estatais com o fim de garantir condições mínimas para sua subsistência.

O direito à saúde, como um bem essencial da pessoa humana, merecedor de especial tutela tanto como direito humano quanto como direito fundamental, tem sido considerado, em muitas constituições modernas, como um direito social fundamental, sendo assim positivado na Constituição Federal de 1988, no artigo 6º, assim como no artigo 196, que dispõe: “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”. Por isso, afirmou-se que o direito à saúde consiste em um direito social fundamental, ou seja, tendo a dignidade da pessoa humana como princípio orientador, além possuir aplicação imediata e atuar de forma concorrente com outros direitos sociais na busca de uma igualdade material, *constitui limite material à reforma constitucional*.

Sobre este aspecto, a Constituição Brasileira, em seu artigo 60, §4º, inciso IV, estabelece que não podem ser objeto de deliberação propostas de emenda constitucional “tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Ao se referir sobre o tema José Afonso da Silva asseverou:

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a federação ou a forma federativa de Estado”, “fica abolido o voto direto...”, “passa a vigorar a concentração de Poderes”, ou ainda “fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...”. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, “tenda” (emendas *tendentes*, diz o texto) para a sua abolição.¹¹⁶

Conclui-se, portanto, que o texto constitucional não exige a abolição expressa ou direta das cláusulas pétreas, incluindo os direitos e garantias individuais.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 57.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 67.

Também passa pelo Controle de Constitucionalidade as normas que, mesmo de forma velada, indireta ou oblíqua (ainda que apenas *tendentes*) possam abolir as cláusulas imodificáveis.

No que concerne à Proposta de Emenda Constitucional n. 241/2016 (ou n. 55 no Senado Federal), ao criar uma norma que regra por um horizonte temporal significativo a forma de alocação de recursos para a área da saúde, especificamente impondo a *redução dos limites mínimos a serem aplicados pela União nessa importante área social*, conforme demonstrado por pesquisas anteriormente citadas, impondo uma *clara e inequívoca redução na cobertura hoje realizada desse importante direito fundamental de segunda geração*, traduz-se em um verdadeiro retrocesso social, afrontando o artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição e padecendo inevitavelmente do vício da inconstitucionalidade. Também vislumbra essa conclusão Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junio, que afirma:

Constatamos, ao analisar a PEC nº 55, de 2016, a **inexistência de quaisquer medidas compensatórias ou “esquemas alternativos”**, no dizer de Canotilho, **que pudessem mitigar a aniquilação dos direitos sociais promovida pelo congelamento de despesas primárias pelos próximos vinte anos, o que reforça a compreensão de estarmos diante de flagrante violação ao texto constitucional**, que consiste na mitigação de direitos fundamentais, direitos esses considerados inatingíveis pelo inciso IV do § 4º do art. 60 da CF.¹¹⁷

Por conseguinte, a proposta afeta a implementação e a efetivação do direito à saúde em sua característica prestacional, afrontando à ordem jurídica ao impor restrições pela retração dos investimentos nessa área.

¹¹⁷ VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. As Inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” Instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2016 (**Boletim Legislativo nº 53, de 2016**). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 14 nov. 2016. p. 42.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, sem pretensão exauriente do tema, pode-se chegar às seguintes conclusões:

Ao longo do curso da História, as mais variadas e diferentes conotações foram atribuídas à palavra saúde. Assim, se na Antiguidade ela recebia uma concepção mística, com os gregos deu-se o início do rompimento da visão “místico-religiosa”, ainda que durante a Idade Média a visão teocentrista tenha continuado a utilizar a explicação religiosa para as doenças. A partir do período da Revolução Industrial formulou-se um conceito de saúde como estado de ausência de doenças (o que se conhece como aspecto negativo da saúde) permitindo-se classificar os indivíduos em saudáveis ou doentes.

Após a Segunda Guerra, a saúde passa a ser vista como um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social, conceito este que irá influenciar profundamente o que se entende contemporaneamente por saúde, ressaltando o seu caráter complexo e dinâmico, envolvendo diversas variáveis que atuam no espaço e no tempo, razão pela qual afirmou-se que o conceito de saúde resultante da social contextualização é, pois, o que deve auxiliar no entendimento do “direito à saúde”, comunitariamente construído, servindo de base para o profissional operador do direito ao buscar dar efetividade a sua correspondente previsão constitucional.

O direito à saúde, como um bem essencial da pessoa humana, merece especial tutela tanto como direito humano quanto como direito fundamental, razão pela qual foi considerado, na Constituição Federal Brasileira, como um direito social fundamental, fazendo parte da chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais, que marcou a evolução do Estado de Direito para o Estado social de Direito. O Constituinte não precisou rigorosamente todas as posições jurídicas que podem ser extraídas dessa norma, porque esse direito relaciona-se a inúmeros fatores que muitas vezes não são previamente identificáveis. Entretanto, ainda que a determinação do conteúdo do direito à saúde seja matéria controversa, essa possível “indeterminabilidade” não pode ser invocada como entrave para sua concretização.

O direito à saúde é histórico, inalienável, imprescritível, irrenunciável, tendo a dignidade da pessoa humana como princípio orientador, além possuir aplicação

imediate e constituir limite material à reforma constitucional, atuando concorrentemente com outros direitos sociais na busca de uma igualdade material. Como direito a prestações, implica uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática) para sua concretização, possuindo uma nítida interdependência e conformação com o direito à vida, servindo como um pressuposto para a fruição dos demais direitos.

Por sua natureza de direito individual e, ao mesmo tempo, social, o direito à saúde origina um correspondente dever de respeito, proteção e de promoção por parte do Estado que encontra limites na realidade econômica, tornado conflitual a exigibilidade desse direito. Por sua repercussão e pelo alcance social que possui, entre todos os direitos sociais, ela possui uma situação conflitual peculiar, envolvendo o cidadão, que busca a concretização do seu direito, e o Estado, incapaz de viabilizar materialmente o exercício desse direito, em face da escassez de recursos nem sempre suficientes.

Quanto à teoria da reserva do possível, como assunto intrinsecamente relacionado ao custo dos direitos, constitui em um argumento jurídico-fático à implementação dos direitos previstos na Constituição em razão da insuficiência financeira e orçamentária, haja vista a necessidade de proteção contra pretensões que, uma vez satisfeitas, poderiam colocar em risco o equilíbrio do sistema jurídico.

A partir de uma tríplice dimensão, para que possa ser legitimamente argumentada, a reserva do possível deve ser tratada como matéria excepcional de defesa do estado, que, uma vez alegada, deve ser devidamente comprovada, em razão da disponibilidade fática e jurídica, assim como o princípio da proporcionalidade, quando se está diante de um caso concreto envolvendo o papel do Estado na efetivação dos direitos sociais, especialmente o direito à saúde.

Em relação ao mínimo existencial, ainda que não seja expressamente previsto na Constituição, fundamenta-o o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser identificado como um conjunto de bens e condições materiais básicas as quais, quando suprimidas, comprometem uma vida digna, aí incluindo-se com especial destaque a saúde, estando fora da esfera de intervenção do Estado e da sociedade, motivo pelo qual inadmite-se a arguição da teoria da reserva do possível.

A PEC 241, ao instituir um Novo Regime Fiscal – NRF a partir do acréscimo dos artigos 101 a 109 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), altera o financiamento, no âmbito da União, do direito à saúde, desvinculando as despesas dessa área da receita corrente líquida, torando menores os valores aplicados na área da saúde, se comparados com as normas previstas em Emendas Constitucionais anteriores, principalmente quando o cenário for de crescimento econômico, já que esse valor base para a saúde será determinado com base fixa apenas corrigido seu valor por meio do IPCA.

A redução de recursos aplicados pela União em saúde traz significativas mudanças na relação conflitual entre Estado e cidadão, quando da exigibilidade do direito social fundamental à saúde. Assim, com o provável aumento na demanda, a redução dos investimentos em saúde torná-los-ia ainda mais insuficientes para fazer frente às necessidades de promoção, prevenção e recuperação da saúde brasileira, advindo uma disputa cada vez maior pelos escassos recursos ainda disponíveis.

Ao criar uma norma que regra por um horizonte temporal significativo a forma de alocação de recursos para a área da saúde, especificamente impondo a redução dos limites mínimos a serem aplicados pela União nessa importante área social, conforme demonstrado por pesquisas anteriormente citadas, impondo uma clara e inequívoca redução na cobertura hoje realizada desse importante direito fundamental de segunda geração, a PEC n. 241 de 2016 (ou n. 55 no Senado Federal) traduz-se em um verdadeiro retrocesso social, afrontando o artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição e padecendo inevitavelmente do vício da inconstitucionalidade.

Por fim, espera-se que as considerações apresentadas sirvam como reflexão, na expectativa de que este trabalho possa contribuir para o debate sobre a proposta do Novo Regime Fiscal, no que concerne à discussão da exigibilidade do direito à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALEXY, Roberto. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008.

BERLINGUER, Giovanni. **Ética da saúde**. Tradução de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Impactos do “novo regime fiscal”** - subsídios à análise da proposta de emenda à constituição - PEC n. 241/2016. Estudo Técnico n. 12/2016. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2016/EstudoTcnicon122016versao21ago_publicado.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2016.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição nº 241, de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal. Brasília, 2016a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria?. *In*: COSTA, Alendrinio Bernardino *et al.* (Org.) **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/Unb, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à saúde: responsabilidade e garantias. *In*: ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **O direito sanitário na Constituição Brasileira de 1988**: Normatividade, garantias e seguridade social. Brasília: OPAS, 1994. p. 9. (Série Direito e Saúde n. 4).

_____, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. COSTA, Alendrinio Bernardino *et al.* (Org.) **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/Unb, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FLEURY TEIXEIRA, Paulo. Uma introdução conceitual à determinação da saúde. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 83, p. 382-383, set./dez. 2009.

FREITAS, Paulo Springer. A PEC nº 55, de 2016, e seus Impactos sobre os Gastos Primários e Endividamento Público. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2016 (**Boletim Legislativo nº 54, de 2016**). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 14 nov. 2016.

GONÇALVES, Janaína Barbier. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais**. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, coord.; MENDES, Gilmar Ferreira, coord.; NASCIMENTO, Carlos Valder do, coord. **Tratado de direito constitucional**. v. 1 de 2 v. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. v.4. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 2000.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. A política de dispensação de medicamentos no Brasil: Da exigibilidade dos direitos sociais aos casos difíceis – seria possível uma resposta certa? *In*: XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012, Niterói. **Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2012.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais - Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição**. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf#page=7>>. Acesso em: 12 set. 2015.

PIVETTA, Saulo Londorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____, Ingo Wolfgang. 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, n. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 set. 2016.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

_____, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TIMM, Luciano. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009.

VIEIRA, Fabíola; BENEVIDES, Rodrigo. **Nota Técnica nº 28 – Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), setembro/2016.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. As Inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” Instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2016 (**Boletim Legislativo nº 53, de 2016**). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 14 nov. 2016.

VIZENTINI, Paulo Fagundes. **História do Século XX**. 3. ed. Porto Alegre: Leitura XXI, 2007.