

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA GARANTIA COMO DEVER DO ESTADO: VÍNCULO INTRÍNSECO COM O DIREITO À UMA VIDA DIGNA

Francieli Strege¹

Cristiane Schmitz Rambo²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3 GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO. 4 O ELO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O DIREITO À VIDA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O presente artigo, possui como objetivos caracterizar o direito à saúde sob a ótica dos direitos fundamentais, bem como relacionar o direito à vida com o direito à saúde, de tal sorte, enunciar e caracterizar a principal garantia deste direito, que é um dever do Estado, em confronto com o limite da reserva do possível e a suposta escassez de recursos financeiros; o que será realizado através do método de abordagem dedutivo e da técnica de pesquisa documental indireta. Como se nota o direito fundamental à saúde é direito de todos os cidadãos, sendo ele garantido pelo Estado através de políticas sociais e econômicas, instituídas através do Sistema único de Saúde, e para tanto exige recursos financeiros por parte do Estado, sendo que a distribuição da garantia é guiada principalmente pelos princípios da igualdade e do acesso universal, o que nem sempre ocorre, neste caso estará sendo violado o direito fundamental à saúde e pondo-se em risco o bem maior que é a vida humana.

Palavras-chave: Saúde. Vida. Garantia. Dignidade.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde tem previsão legal na Constituição Federal, sendo ele um direito social muito importante para todos os cidadãos, desta feita, o presente artigo faz uma breve análise sobre este direito, e ainda sobre sua principal garantia.

Atualmente, muitos são os problemas em relação a falta de garantia ao direito fundamental à saúde, seja a garantia resultante de um plano de saúde, do atendimento particular, ou da garantia por meio do dever do Estado. Nesta oportunidade será estudado esta última garantia, ou seja, a garantia como dever do Estado, prestada por meio do Sistema Único de Saúde, do mesmo modo, será realizada uma breve análise do vínculo existente entre o direito à saúde e o direito à vida, o mais fundamental de todos os direitos.

Sendo essencial, portanto, fazer-se um estudo sobre o direito fundamental à saúde e sua garantia como dever do estado e o vínculo intrínseco entre o direito fundamental à saúde e o direito à uma vida digna, pois o Estado tem um pacto social

¹ Acadêmica do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades. francielistrege@outlook.com.

² Professora do Curso de Direito da FAI Faculdades de Itapiranga. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. E-mail: cristiane.rambo@seifai.edu.br

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

com os cidadãos, resta saber em que passo encontra-se assegurado pelo Estado o direito à saúde.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 possui a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil,³ por isso, constitui-se de valor fundamental⁴ e para tanto “exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões”,⁵ sendo que nesta oportunidade será estudado em específico um direito de segunda dimensão⁶ que é o direito à saúde.

Com efeito, faz-se necessária a análise da terminologia da dignidade da pessoa humana, entretanto “não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, [...] se revela no mínimo difícil de ser obtida”,⁷ sendo que possui um significado muito amplo, explanado por Kant no sentido de que,

no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente,

³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. [...] III- a dignidade da pessoa humana.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 06 set. 2016.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: Na Constituição Federal de 1988. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 87.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: Na Constituição Federal de 1988. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 87.

⁶ O termo dimensão de direitos é utilizado em virtude de que, os direitos humanos, são resultado de um processo histórico-social, ocorreram de modo vagaroso, aos poucos, e gradativamente foram disciplinados nos textos constitucionais, os direitos de primeira dimensão são os que se consagram como meio de defesa da liberdade dos indivíduos, evitando que exista ingerência abusiva dos Poderes Públicos, já os direitos de segunda dimensão são trazidos enquanto direitos econômicos sociais e culturais, “acentuam o princípio da igualdade entre os homens (igualdade material). São, usualmente, denominados “direitos do bem-estar”, uma vez que pretendem ofertar os meios materiais imprescindíveis para a efetivação dos direitos individuais. Para tanto, exigem do Estado uma atuação positiva, um fazer (daí a identificação desses direitos enquanto liberdade positivas), o que significa que sua realização depende da implementação de políticas públicas estatais, do cumprimento de certas prestações sociais por parte do Estado, tais como: saúde, educação, trabalho, habitação, previdência e assistência social.” MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2016. p. 191.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: Na Constituição Federal de 1988. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.⁸

Tendo como ponto de partida as palavras de Kant, certamente o direito à saúde não permite equivalente, de modo que, outro direito não pode substituí-lo nem mesmo é possível dele dispor, sendo este igualmente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.⁹

Assim, verifica-se a ligação existente entre o direito fundamental à saúde e a dignidade da pessoa humana, visto que,

a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal, como medida de justiça, não autoriza a ofensa física e moral e vai além da proteção da vida (art. 5º, caput, da CF), pois impõe uma vida digna. Portanto, a noção de dignidade da pessoa humana é uma combinação de vários valores fundamentais, visto que não basta ao Estado apenas preservar a vida e um meio ambiente saudável, mas propiciar uma vida com saúde [...].¹⁰

Por assim dizer, não há como falar que a dignidade da pessoa humana encontra proteção se o direito fundamental à saúde está sendo violado. Ademais, a dignidade da pessoa humana além de sua definição ser polêmica na doutrina por ser ela tão complexa, sendo mais fácil dizer o que não é do que aquilo que ela é¹¹, deveras, o direito fundamental à saúde atua como guardião da mesma, sendo tal

⁸ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes, in: Os Pensadores – Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril, 1980. p.140. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 33.

⁹ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA **AD CAUSAM** DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA PELO STF NÃO ENSEJA O SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL EM TRÂMITE NO STJ. (Grifo do autor) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial nº 1.363.949. Estado de Minas Gerais e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=47262874&num_registro=201300160221&data=20150505&formato=PDF>. Acesso: 06 set. 2016.

¹⁰ DONNINI, Rogério. **Indenização e lesão ou ofensa à saúde**. In: ROCHA, Maria Vital da; MAMEDE, Gladston; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 667.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: Na Constituição Federal De 1988. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 40.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

direito necessário para “o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos.”¹²

Neste sentido Kurt Bayertz, em sua dimensão jurídica e ainda institucional, entende que,

a concepção de dignidade humana tem por escopo o indivíduo (a pessoa humana), de modo a evitar a possibilidade do sacrifício da dignidade da pessoa individual em prol da dignidade humana como bem de toda a humanidade ou na sua dimensão transindividual.¹³

Significativas são as palavras de Maria Helena Diniz nas quais, “a pessoa humana, e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado”,¹⁴ tanto que a dignidade, de acordo com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso possui uma dupla dimensão, sendo uma interna e a outra externa, aquela expressa-se no valor intrínseco, próprio de cada ser humano, e esta representa seus direitos, “a primeira dimensão é por si mesma inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância; a segunda pode sofrer ofensas e violações.”¹⁵

Possivelmente, a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, mais especificamente o direito à saúde, nos remete curiosamente a sua natureza, neste sentido verifica-se que é constitucional,¹⁶ visto que a Constituição Federal, no seu art. 6º, cita que,

são direitos sociais a educação, à saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.¹⁷

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 315.

¹³ Bayer, Kurt. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: Na Constituição Federal De 1988. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.52.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2013. p.41.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 62.

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 06 set. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Oportuno fazer menção que o direito à saúde está entre o rol dos direitos fundamentais, sendo que estes “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”,¹⁸ isto é, não tem como separar o direito fundamental à saúde do princípio da igualdade¹⁹, do contrário estar-se-ia desmembrando-os do fundamento da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, tratando-se de direitos fundamentais²⁰ pode-se afirmar que são “aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”,²¹ ou seja é direito fundamental quando assim é reconhecido pelo direito democrático brasileiro.

3 GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO

O direito fundamental à saúde constitui-se em um direito a algo e este algo (o bem estar), muitas vezes é alcançado através de um medicamento ou procedimento médico, e para tanto, exige uma ação positiva do Estado.²²

Com efeito, o direito fundamental à saúde precisa de mecanismos para se efetivar e de tal modo possui a garantia, a fim de assegurar a fruição de tal direito,²³ esta “[...] se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir [...] ocorre um equívoco sempre que a garantia é posta numa acepção em conexão direta com o instrumento de organização do Estado que é a Constituição”.²⁴

Tratando-se do Ente Federativo competente em garantir o direito fundamental à saúde, segundo o disposto no art. 23, inciso II, da Constituição Federal, o cuidar da saúde “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 564.

¹⁹ O princípio da igualdade está consagrado na Constituição Federal, em seu art. 5º caput, onde diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 06 set. 2016.

²⁰ Neste caso, estamos falando do direito fundamental à saúde e do direito fundamental à vida, mas existem muitos outros direitos fundamentais que se encaixam nesta temática.

²¹ Hesse *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 560.

²² STEINMETZ, Wilsom. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 276.

²³ Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, t. IV, “Direitos Fundamentais”, p. 88-89, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 528.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 526.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Municípios,²⁵ e ainda a Constituição Federal prevê em seu art. 34, inciso VII, alínea “e”, a possibilidade de intervenção da União nos Estados, ou no Distrito Federal, a fim de assegurar a observância do princípio da “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”.²⁶

Do mesmo modo, neste caso, abre-se a exceção, conforme o disposto no art. 35, III da Constituição Federal, para o Estado intervir em seus Municípios e a União intervir nos municípios localizados em Território Federal, quando, “não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal [...] nas ações e serviços públicos de saúde”.²⁷

Considerando o exposto, “existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar”,²⁸ tratando-se do direito fundamental à saúde, desta feita verifica-se que a garantia ocorre por meio de “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.”²⁹

Neste sentido, foi implantado o Sistema Único de Saúde (SUS), que é regulado pela lei nº 8.080 de 1990, e constituído pelo “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.³⁰

A propósito, a lei em estudo regulamenta quais são os objetivos do Sistema Único de Saúde, sendo eles:

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 06 set. 2016.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 06 set. 2016.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 06 set. 2016.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 524.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 06 set. 2016.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso: 06 set. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

- I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
- III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.³¹

A lei do Sistema Único de Saúde, reforça o fato de ser o direito à saúde um direito fundamental, promovido pelo Estado, o que faz, nos seguintes termos, em seu art. 2º,

a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.³²

Deveras, a partir deste artigo da lei identifica-se princípios aplicáveis ao Sistema Único de Saúde, como por exemplo do acesso universal e igualitário³³, entretanto é difícil identificar “quando há um tratamento justo de igualdade ou desigualdade,”³⁴ principalmente entender os parâmetros utilizados diante do princípio da igualdade quando determinados medicamentos não se encontram na lista dos disponibilizados pelo sistema em estudo, de acordo com Hely Lopes Meirelles, “o que a Constituição assegura é a *igualdade jurídica*, ou seja, **tratamento igual**, aos especificamente iguais perante a lei.”³⁵ (Grifo do autor)

³¹ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso: 06 set. 2016.

³² BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso: 06 set. 2016.

³³ O princípio da universalidade do acesso ao direito à saúde, quer dizer que é um direito de todos os seres humanos, sendo que o princípio da igualdade de acesso, significa que todos são iguais perante a lei, necessitando-se de uma igualdade material, “devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 435.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1295.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 385.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Como é percebido, nem sempre o Sistema Único de Saúde é capaz de “atender às necessidades do paciente, ora porque as peculiaridades da moléstia exigem medicamentos especiais e/ou tornaram ineficazes os medicamentos constantes da listagem.”³⁶

Ressalta-se que, a “falta ou deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado [...] sem dúvida nenhuma ameaça o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de produzir lesão irreparável a esse direito”,³⁷ neste sentido “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”³⁸

De acordo com o ensinamento de Moraes, “sempre que houver violação de direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). [...] será chamado o Poder Judiciário que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto,”³⁹ de modo que, “do ponto de vista da proteção *in concreto* dos direitos fundamentais, as garantias jurídicas são as que encontram mais próximas do cidadão, considerado individualmente, e podem ser suscitadas por mero ato de vontade do interessado”.⁴⁰

Verifica-se que, “os direitos económicos, sociais e culturais e respectivamente protecção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – económicas, sociais e culturais.”⁴¹

Com efeito, tais condições económicas nos remetem ao fato que a garantia do direito fundamental à saúde depende de uma efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado.⁴²

De acordo com Nathalia Masson:

³⁶ SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Ano 65. Monografia (Pós-Graduação Latu Sensu) – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Local, ano. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso: 04 set. 2016.

³⁷ SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Ano 65. Monografia (Pós Graduação Latu Sensu) – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Local, ano. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso: 04 set. 2016. p. 39.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 06 set. 2016.

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 105.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 125.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 473.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 316.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

[...] o reconhecimento da estreita e inequívoca ligação entre a realização dos direitos fundamentais sociais e a realidade financeira e econômica do Estado, e com a aceitação de que os recursos são escassos e as necessidades sociais imensas, passou-se a compreender que o Estado, na sua tarefa de definir prioridades e determinar suas políticas públicas de alocação das verbas existentes, poderia alegar a cláusula da "reserva do possível".⁴³

Freitas Junior faz um desabafo a respeito da precariedade da garantia do direito à saúde, nos seguintes termos:

Apesar da clareza do texto constitucional, muitos cidadãos ainda não tem acesso integral aos serviços de saúde, e o panorama atual, demonstrado à exaustão na mídia, é bastante traumático: filas intermináveis nas clínicas e hospitais públicos, com pacientes esperando meses para alcançar uma simples consulta médica; atendimento precário pelo SUS- Sistema Único de Saúde-, havendo notícias de pessoas em estado crítico de saúde, aguardando vaga para internação, em macas instaladas sem qualquer higiene nos corredores; ausência de medicação nos postos de distribuição; número insuficiente de médicos de saúde etc.⁴⁴

Não tem como passar por despercebido a precariedade da garantia do direito fundamental à saúde, ao passo que, o Estado fundamenta tal precariedade diante da escassez de recursos, utilizando-se do princípio da reserva do possível.

4 O ELO EXISTENTE ENTRE O DIREITO À SAÚDE E O DIREITO À VIDA

Concomitantemente, esta temática nos remete a escrever sobre o direito à vida, que de acordo com Moraes “é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos,”⁴⁵ neste sentido o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida, sendo um direito que possui como um de seus intuitos, a proteção do direito fundamental à vida, tanto que, se não for assegurada a saúde, a vida pode ser colocada em risco.

A saúde é indissociável da vida, não existindo proteção desta sem a garantia daquela”,⁴⁶ de fato tais direitos fundamentais possuem um vínculo indissociável, de

⁴³ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2016. p. 289.

⁴⁴ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 55.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 62.

⁴⁶ NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. **Direito à Saúde: judicialização. Reserva do Possível e mínimo existencial**. In: BOLFARINI, Isabella Christina da Mota (coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais no Brasil*. Disponível

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

modo que, na visão de Freitas Junior, “à saúde é consequência imediata do direito à vida; sem saúde, não há vida digna, o que viola o princípio da dignidade da pessoa humana.”⁴⁷

Tanto que, a melhor forma de conceituar o termo saúde, talvez seja, através do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), de 1946, segundo o qual, a "saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença".⁴⁸

Rogério Donnini, disciplina que o termo saúde advém “do latim *salus*, significa conservação da vida”,⁴⁹ mais uma vez, evidencia-se a ligação existente entre o direito fundamental à saúde e o direito fundamental à vida, por isso tal direito é de imensurável importância.

Como explanado, o direito fundamental à saúde e suas garantias possuem um vínculo indissociável com o direito à vida, neste sentido para Sarlet importa,

que as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa constituem (tal como já foi lembrado) inclusive parâmetro necessário para a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais, no sentido de direitos subjetivos definidos que prevalecem até mesmo em face de outros princípios (como é o caso da “reserva do possível” e da conexão orçamentária e da separação dos Poderes, apenas para referir os que têm sido mais citados na doutrina(...)) que este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para alguém do seu conteúdo em dignidade da pessoa) nem mesmo diante ressalva dos direitos adquiridos, já que afetar o cerne material da dignidade da pessoa [...] continuará sempre sendo uma violação injustificável do valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social.⁵⁰

em: <https://books.google.com.br/books?id=8DFHDAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22A ndr%C3%A9+Luiz+dos+Santos+Nakamura%3B+Evandro+Fabiani+Capano%3B+Fl%C3%A1vio+Martins+Alves+Nunes+J%C3%BAnior%3B+Isabella+Christina+da+Mota+Bolfarini%3B++Isabelle+Dias+Carneiro+Santos%3B+Marco+Polo+Levorin%3B+Maria+Fernanda+Soares+Macedo%3B+Vin%C3%ADcius+Pacheco+Fluminhan%22&hl=pt-BR&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso: 06 set. 2016.

⁴⁷ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 54.

⁴⁸ OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** - 1946. Universidade de São Paulo, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso: 06 set. 2016.

⁴⁹ DONNINI, Rogério. **Indenização e lesão ou ofensa à saúde**. In: DA ROCHA, Maria Vital; MAMEDE, Gladston; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 666.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 472.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Quando Sarlet escreve sobre afetar o cerne material da pessoa humana, ele refere-se ao fato de por exemplo, o direito fundamental à saúde não estar sendo efetivamente garantido, ao passo que atinge assim a dignidade da pessoa humana. Em muitos casos a violação do direito fundamental à saúde é tão grave, de modo que é capaz de atingir o direito à vida, o mais importante de todos os direitos, mais grave ainda é quando o Estado é o garantidor do direito, e o mesmo não presta o garante, quebrando com o pacto social existente entre o Estado e os cidadãos.

5 CONCLUSÃO

O direito à saúde constitui um direito fundamental de todos os cidadãos, consagrado no Brasil por meio da Constituição da Organização Mundial da Saúde e da Constituição Federal de 1988, tal direito, precisa de mecanismos para se efetivar, sendo que o Estado é responsável em garanti-lo para todos os cidadãos, levando em consideração além de outros princípios, o da igualdade e do acesso universal.

A garantia do direito fundamental à saúde promovida pelo Estado ocorre através de políticas econômicas e sociais, instituído através do SUS (Sistema Único de Saúde), para tanto exige recursos financeiros disponibilizados pelo Estado.

Destarte, sempre que ocorrer uma violação a garantia do direito fundamental à saúde, a dignidade da pessoa humana estará sendo também violada, desta forma o direito a uma vida digna não é garantido pelo Estado, haja visto que o direito fundamental à saúde possui ligação intrínseca com o direito à vida, o mais precioso de todos os direitos, pois protege o bem jurídico vida com dignidade. O Estado, por sua vez, para eximir-se de sua obrigação de garantir o direito fundamental à saúde utiliza-se do princípio da reserva do possível, colocando em risco o bem maior que é a vida humana.

REFERÊNCIAS

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

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade De Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 06 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso: 06 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo no Recurso Especial nº 1.363.949**. Estado de Minas Gerais e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=47262874&num_registro=201300160221&data=20150505&formato=PDF>. Acesso: 06 set. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

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

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. Direito à saúde: judicialização. Reserva do Possível e mínimo existencial. In: BOLFARINI, Isabella Christina da Mota (coord.). **A Efetividade dos Direitos Sociais no Brasil**. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=8DFHDAAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=in+author:%22Andr%C3%A9+Luiz+dos+Santos+Nakamura%3B+Evandro+Fabiani+Cap>>

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

ano%3B+Fl%C3%A1vio+Martins+Alves+Nunes+J%C3%BAnior%3B+Isabella+Christina+da+Mota+Bolfarini%3B++Isabelle+Dias+Carneiro+Santos%3B+Marco+Polo+Levrin%3B+Maria+Fernanda+Soares+Macedo%3B+Vin%C3%ADcius+Pacheco+Fluminense%22&hl=pt-BR&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso: 06 set. 2016.

OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** - 1946. Universidade de São Paulo, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso: 06 set. 2016.

ROCHA, Maria Vital da; MAMEDE, Gladston; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Responsabilidade Civil Contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: Na Constituição Federal de 1988. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Ano.65. Monografia (Pós-Graduação Latu Sensu) – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Local, ano. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso: 06 set. 2016.

STEINMETZ, Wilsom. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.