

1. INTRODUÇÃO

Busca-se, atualmente, revisitar o posicionamento da administração pública na concretização dos direitos e interesses sociais para que se tenha obtido o objetivo constitucional de uma sociedade livre, justa e igualitária.

O artigo ora apresentado abordará a temática da concretização, pela Administração Pública, das políticas sociais em cooperação com a sociedade civil e a suposta dificuldade de viabilizar a alocação de recursos para tanto. A busca incessante pela resolução do problema no campo prático das políticas sociais no Brasil deixa a sociedade descrente com a vivência diária no cenário crítico em que se encontra o poder público. Tais situações podem ser verificadas, quando a Administração pública promove a adoção de políticas públicas direcionadas para um determinado direito fundamental de caráter prestacional, pressupondo para a sua adoção a violação à outro direito fundamental, considerando que o poder público não dispõe de recursos suficientes para realizar todas as exigências constitucionais.

Diante desse panorama, o Estado deve satisfazer as necessidades, seja de interesse individual seja de interesse coletivo, para o melhor amparo social.

O objetivo geral da pesquisa é estudar as questões sociais, em especial o direito fundamental social à saúde, considerando que em uma sociedade democrática, o poder público se reveste de discursos para garantir o mínimo existencial aos administrados, devendo ser ultrapassado o argumento da escassez dos recursos públicos, fazendo com que haja a ponderação dos interesses em cumprimento as demandas exigidas.

Assim, a democracia deliberativa visa conservar a possibilidade de um diálogo continuado entre os administrados e o administrador.

A discricionariedade e a atuação administrativa limitam-se no núcleo essencial de direitos já garantidos pela Constituição. É obrigatória a atuação estatal garantindo a efetividade dos direitos sociais na busca de um melhor resultado, ante as dificuldades demonstradas com a escassez dos recursos públicos, para suprir aqueles direitos respaldados constitucionalmente.

A questão reside na utilização da melhor forma de realizar a vontade Constitucional, aplicando os recursos públicos na concretização dos direitos sociais, otimizando os recursos disponíveis para cumprir com os comandos constitucionais.

A metodologia utilizada é a de abordagem dedutiva e o método de abordagem bibliográfico, bem como a análise e exposição jurisprudencial e normativa.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de 1934 o direito social não tinha relevância alguma para o direito brasileiro, eis que surge a primeira Constituição, a de 1934, trazendo o título “ordem econômica e social”, influenciada pela Constituição Alemã de Weimar, sendo reproduzida nas Constituições posteriores e reconhecendo a maioria dos direitos sociais.

A Carta de 1934, perfilhou com mais detalhe o que diz respeito ao direito do trabalho, pois cuidou da isonomia salarial, do salário mínimo, da jornada de trabalho, dentre outros.

Com a Constituição de 1988, os direitos sociais ganharam grande respaldo no que pesem as situações subjetivas ou coletivas de natureza concreta, ou seja, “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente” (SILVA, 2008, p. 286). “A Constituição de 1988, ao revés do que dizem os seus inimigos, foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais. Onde ela mais avança é onde o Governo mais intenta retrogradá-la. Como constituição dos direitos fundamentais e da proteção jurídica da Sociedade, combinando assim defesa do corpo social e tutela dos direitos subjetivos, ela fez nesse prisma judicial do regime significativo avanço” (BONAVIDES, 2009).

Ressalte-se que, a grande mudança surgiu com a Constituição de 1988, onde verdadeiramente, teve a preocupação da concretização dos direitos sociais e a ampliação desse direito a todos os indivíduos da sociedade, proporcionando melhor desenvolvimento social.

Adentrando no direito social à saúde, esse está intimamente relacionado com a evolução político social do país, assim, esse processo progride para inúmeras modificações com grandes avanços, como também com infelizes retrocessos.

Para se adotar o direito social à Saúde como direito individual é ponderar o desenvolvimento dos direitos fundamentais sociais diante aos modelos constitucionais, uma vez que a preocupação em garanti-los seguiu a humanidade através dos tempos.

Contudo, no século XVIII, a sociedade não teve êxito em fixar uma representação de justiça social, tendo em vista que o argumento planejado pelo iluminismo era que o Estado se negava a atuar diante aos anseios sociais.

No século XX começa a haver uma modificação de perspectiva no desempenho do Estado, de quem não podemos esperar procedimentos negativos ou uma atitude omissa frente a realidade social. Ao Estado, incumbe os procedimentos positivos, na busca da realização do bem comum, de intervenção seja direta e indireta em busca da efetivação dos desígnios que representam, hoje, os comandos constitucionais.

A preocupação com o direito à saúde foi conferida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que materializou a universalização dos direitos humanos. Essa declaração, contraiu força vinculante em 1966, a partir da assinatura do Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

A intervenção do Estado nos serviços de saúde vem desde a época colonial, tendo sua real efetivação no Brasil República, por tal motivo, a fragilidade das medidas tomadas na área da saúde no período colonial, levava a sociedade a lutar por conta própria contra as doenças e a morte.

Com o passar dos anos, em um progresso nacional, temos a proclamação da República, onde diante da necessidade de atualizar a sociedade e a economia com o mundo capitalista, a medicina assumiu o papel de guia do Estado para assuntos sanitários, comprometendo-se a garantir a melhoria da saúde individual e coletiva. (BERTOLLI FILHO, 2011)

Dentre as novidades no Brasil República, está a participação do Estado na área da saúde de forma globalizada, não se limitando apenas a atuar quando a nação fosse acometida pelos surtos epidêmicos, mas a todo o tempo e abrangendo todos os setores. Infelizmente, as autoridades republicanas não atuaram com ânimo no setor da política social, pois o Estado preocupou-se em beneficiar os investimentos na expansão da produção, privilegiando os com maiores poderes econômicos, deixando de lado a parte mais pobre da sociedade.

No ano de 1930, Getúlio Vargas realizou importantes reformas na administração pública, sendo uma delas a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública, garantindo assim o bem-estar sanitário da população. Assim, com o surgimento de novas demandas sociais, dentre elas a seguridade social, o Estado era provocado a atuar como garantidor. O modelo intervencionista no Brasil no âmbito social data as décadas de 1920 e 1930, quando os direitos sociais foram atrelados à posição do indivíduo no mercado de trabalho. (PAIM, 2015).

Nesse sentido, foi no governo de Getúlio Vargas que surgiram fatos importantes como: a saúde institucionalizada pelo Ministério da Educação e Saúde Pública; os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP); a Previdência social e saúde ocupacional institucionalizada pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

A Constituição de 1934 objetivando implementar condições dignas para a população brasileira, criando uma estrutura de proteção aos chamados direitos sociais, foi a primeira a mencionar expressamente o direito à saúde.

Em que pese os empenhos da Constituição de 1934 em proteger os direitos sociais, a carta de 1937 tratou de impedir a efetividade dos direitos fundamentais, reunindo o poder no âmbito do Executivo. Sendo assim, a competência para legislar sobre o direito a saúde passou a ser de competência privativa da União.

A Constituição de 1946 restringiu a força do poder Executivo e robusteceu a do poder Legislativo, reintroduzindo os direitos sociais, econômicos e culturais, trazidos pela Constituição de 1934. A Constituição de 1967 e a EC nº 01/69 basicamente repetiram a organização das Constituições anteriores, sem alterações de significado importante no que diz respeito do direito à saúde.

No decorrer do século XX, a evolução dos direitos sociais proporcionou vida digna aos mais necessitados, surgindo com a constituição de 1934, onde a questão social teve extrema importância política e com a sua ascensão na Constituição de 1988, onde ganhou ampla garantia aos direitos individuais e coletivos, em grande desenvolvimento social.

3. A EFETIVA DEMOCRATIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Na Constituição de 1988, a democratização das políticas públicas ganhou diversos contornos no Brasil. Na luta pela busca de uma maior participação popular, pró-democratização, a atual Constituição trouxe o reconhecimento direto dos cidadãos no exercício do poder.

Assim, prevê a Constituição que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular; Que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com a diretriz da participação da comunidade; Que as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base na diretriz da participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Os princípios constitucionais condicionaram também diversas normas, sobretudo no que diz respeito às normas ordinárias das ações no âmbito social, marcando de uma vez no Brasil a participação popular.

A participação da sociedade evoluiu de uma concepção de participação como a mera incorporação dos indivíduos em ações assistenciais e comunitárias, predominante nos anos 50, até os movimentos populares de reivindicação, com forte conotação política, da década de 80 (GOHN, 2001).

A “Constituição cidadã”, foi garantidora de muitos benefícios à sociedade civil. Nesse contexto, as normas democráticas participativas foram uma das principais conquistas para a democracia brasileira e para as mudanças no desenvolvimento do país.

Para a efetiva democratização das políticas públicas, indispensável se faz que a participação da sociedade no âmbito estatal, ocupem seus lugares cooperando para a edificação de uma cultura política favorável ao fortalecimento do debate público na inclusão de novos valores na esfera das instituições democráticas.

Com base nessas perspectivas fica fácil vislumbrar o valor da participação popular na decisão e execução das políticas públicas. Na prática, com a derrocada da separação entre a administração pública e a sociedade civil, esta passa a participar de forma efetiva das decisões e da implementação das políticas públicas. São exemplos dessa participação na elaboração das políticas públicas, as audiências públicas, as consultas públicas, o plebiscito administrativo, o referendo, a comissão de usuários, as entidades de utilidade pública, dentre outros (PEREZ, 2006).

A sociedade com o seu pluralismo de interesses, levam à ampliação da participação popular, modificando os novos tempos da administração pública, havendo uma descentralização de políticas públicas. Assim, descentralizando os serviços públicos de forma eficiente aumentaria o bem-estar da sociedade.

A participação popular propicia um novo padrão de relações entre o Estado e a sociedade ao viabilizarem a participação dos diferentes segmentos sociais na formulação das políticas sociais, os conselhos possibilitam à população o acesso aos espaços onde se tomam decisões políticas e criam condições para um sistema de vigilância sobre as gestões públicas, implicando em maior cobrança de prestação de contas do executivo (GOHN, 2001).

Desta maneira, verifica-se como principal finalidade da participação, o de fazer com que o cidadão esteja cada vez mais próximo das instituições estatais e possibilitar que estes considerem as opiniões e necessidades populares antes de tomarem qualquer decisão ou executá-las, tornando desta forma a participação ativa.

4. OS RISCOS DECORRENTES DA OMISSÃO ESTATAL DIANTE DO DIREITO FUDAMENTAL SOCIAL

A Responsabilidade civil estatal é imprescindível para que haja um controle no desempenho dos agentes e órgãos públicos, posto que, o Estado deve sempre prezar pelo atendimento dos interesses da coletividade, para que sua principal obrigação não seja violada.

Encontramos entre uma das principais obrigações do Estado a saúde pública, sendo esta muitas vezes fornecida de modo deficitário ou até mesmo nem fornecida, devido a omissão estatal.

Nesse ponto, não resta dúvida que o poder público muitas vezes alega que não poderá satisfazer as necessidades públicas, em razão da limitação do recurso orçamentário, mesmo tendo o Estado a obrigação de cumpri-las. Exemplificando: havendo a necessidade de construir um hospital e uma escola e não dispondo o Estado de recursos suficientes para a construção dos dois, deverá fazer a escolha entre construir o hospital ou a escola, considerando que ambos os direitos são fundamentais a sociedade.

A responsabilidade civil do Estado, principalmente quanto aos atos omissivos, quando diz respeito ao direito constitucional de garantir a saúde de seus administrados, tem-se a aplicação da responsabilidade civil de forma pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com o escopo de evitar as negligências e injustiças praticadas pelo Estado. Portanto demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano, deve o Estado ressarcir.

A função do Estado é o comprometimento com a oferta de resposta às exigências da sociedade (DIAS, 2007). Naturalmente, o poder público é comprometido com os direitos fundamentais amparados constitucionalmente, devendo realizá-los de forma positiva dentro de um organismo político.

Tratando-se da função estatal, a saúde pública é conceituada como núcleo mínimo de colocações e atividades que dizem respeito conforme a história a direitos fundamentais sociais do cidadão. Dessa forma, ao velar pela composição básica do Estado ou dos limites para a atividade dos governos, a Constituição Federal estará, automaticamente, estabelecendo as atividades que compõem a saúde pública. Os princípios que norteiam a atuação estatal, seja na destinação como no aproveitamento, seja nos meios financeiros quanto nos materiais, seja na coordenação das atividades prestadas pelo Estado àquelas prestadas pelos particulares, todos estão muito bem delimitados na Constituição Federal (DALLARI, 2006).

Assim, a responsabilidade civil do Estado é pressuposto de segurança da ordem pública em face do serviço público, o qual funcionamento não deve resultar lesão a nenhum bem juridicamente protegido pelo ente público.

Não há dúvida que os fundamentos da responsabilidade civil do Estado como sujeito jurídico, político e economicamente mais poderoso com mais prerrogativas do que os administrados, na omissão do cumprimento dos interesses, prevalece para que haja a reparação do dano, fundamentado na Constituição Federal.

Os direitos sociais garantidos pela Carta Magna de 1988 são tidos doutrinariamente como direitos de segunda dimensão, os quais estabelecem uma atuação efetiva do Poder Público em favor dos indivíduos que fazem parte de setores economicamente mais debilitados da sociedade (TAVARES,2003). Assim, surge para os cidadãos a legitimidade para a reivindicação de determinadas prestações positivas e materiais do Estado para a garantia de cumprimento desses direitos.

No mesmo sentido, é o direito à saúde como direito fundamental social que é, possui uma dimensão subjetiva, posto que a qualidade desse direito exige a prestação material efetiva por parte da administração pública. Essa exigência está prevista no artigo 196 da Carta Magna buscando a igualdade material, com a prestação efetiva pelo Estado, devendo ser implementado através das políticas públicas garantidoras dos direitos individuais e/ou coletivos, anunciadas para diminuir as desigualdades sociais e garantir uma vida digna (NOVELINO, 2009). Ressalte-se que, um dos requisitos para que haja a vida digna de que trata a Constituição Federal é a saúde pública.

A inviolabilidade do direito à saúde, que se classifica como direito subjetivo inalienável garantido a todos pela Constituição Federal, utilizando-se também, contra essa garantia um interesse financeiro e secundário do Estado, entende-se que os motivos de ordem ético-jurídica determinam ao julgador que se adote o respeito indeclinável à saúde humana. Ressaltamos que o direito público à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todos pela Carta Magna. O Poder Público deve ser o responsável pela integralidade do cumprimento do direito subjetivo à saúde, a quem compete efetivar as políticas sociais e econômicas que garantam, aos indivíduos, com acesso igualitário à saúde.

No que diz respeito aos recursos que necessitam ser destinados para a viabilização do direito à saúde no Brasil, o § 2º ao art. 198, instituiu a obrigatoriedade da aplicação, anual, de recursos mínimos pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em ações e serviços públicos de saúde (BONTEMPO, 2005).

Levando-se em conta a importância da garantia constitucional à saúde, os cidadãos devem exigir as prestações necessárias à sua efetivação, haja vista se tratar de um direito de eficácia imediata, ou seja, autoaplicável.

A Constituição Federal instituiu no artigo 196, a responsabilidade, entenda-se por dever do Estado, solidária dos entes federados para o provimento dos serviços de saúde, ficando sob sua responsabilidade a promoção, proteção e recuperação desses interesses:

Intrinsicamente ao dever que os entes públicos têm de fornecer a saúde pública está o comprometimento de elaborar as políticas públicas de diminuição dos riscos de doenças, por meio de vigilância sanitária, de desenvolvimento de recursos humanos, construção de hospitais, centros ambulatoriais, postos de saúde, como também, o fornecimento gratuito de medicamentos para a recuperação ou para a redução das consequências causadas pelos mais variados tipos de doenças (PARANHOS, 2007).

A função do art. 196 da Constituição Federal é garantir a concretização ao direito à saúde, de forma a nortear a administração pública na implementação de medidas que promovam o acesso a quem necessite da proteção do Estado à prestação de serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, como também de políticas públicas para a prevenção de doenças, essencialmente quando o indivíduo, pessoa hipossuficiente, que não possui meios próprios para custear o próprio tratamento. Nesse sentido, é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, pelo Ministro Luiz Fux, onde os artigos 23, II, e 198, § 2º e 196 da CF impõem aos entes federativos a solidariedade na responsabilidade da prestação dos serviços na área da saúde, além da garantia de orçamento para efetivação dos mesmos¹.

Por tudo que foi explanado, não resta dúvida do risco que a administração pública pode causar ao tutelado pela sua omissão, posto que o direito a saúde é um direito fundamental que assiste a todos os indivíduos, representando o direito à vida e a uma vida digna. A dignidade da pessoa humana está intimamente ligada a atitude responsável do Estado, devendo fornecer medicação e/ou intervenção médico-hospitalar a todo indivíduo que dela necessite.

Nesse entendimento, em que pese a norma, a doutrina e a jurisprudência do direito à saúde, estas comprovam o seu caráter de direito fundamental do indivíduo, sendo imprescindível a sua aplicabilidade imediata e a eficácia plena, caráter este reconhecido pelo

¹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607381/SC, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 31/05/2011, DJ 16/06/2011: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19844868/agreg-no-recurso-extraordinario-re-607381-sc>. Acessado em 25 de maio de 2015.

órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro – o Supremo Tribunal Federal (STF) - a quem cabe a guarda precípua da Constituição (SCHWARTZ, 2001).

5. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL TENDO COMO LIAME FUNDAMENTAL A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A consolidação da democracia deliberativa facilita a efetivação do direito social, considerando a adaptação do princípio da soberania popular junto às necessidades estatais, onde a ideia central jamais pode ser desviada, do qual o governo é do povo, pelo povo e através do povo (BOBBIO, 2012).

A concepção da democracia procedimental deliberativa no papel do cumprimento do direito social, traduz-se na institucionalização, pelo potencial político na esfera pública.

Habermas é o maior defensor da democracia deliberativa e na sua linguagem o procedimento dessa democracia estabelece a essência do processo democrático. Por vez, a esfera pública, é a categoria normativa chave do processo político deliberativo habermasiano. A esfera pública é tida como uma composição intermediária que faz a ligação entre o Estado, o sistema político e os setores privados. Uma estrutura comunicativa, um centro de comunicação pública, que revela um raciocínio de natureza pública, de formação da opinião e da vontade política, arraigada na vida através da sociedade civil. A esfera pública tem a ver com o espaço social do qual pode emergir uma formação discursiva da opinião e da vontade política (HABERMAS, 1992).

No entanto, a democracia pode ser entendida como instituto que admitem a participação dos interessados nas deliberações de um conjunto coletivo, distinto de um conjunto político.

Vale enfatizar os diversos procedimentos da participação pública na tomada das decisões políticas. Nesta esteira, a sociedade civil exerce um importante papel como interlocutores das autoridades públicas, exercendo o papel de cidadão, participando não somente do processo eleitoral, como também ativamente nas decisões da esfera pública. Vislumbra-se que as questões sociais devem ter a participação de todo cidadão, entendendo que uma sociedade livre e democrática, tem uma administração pública que trabalha pela argumentação e pelo discurso.

Diante desse cenário, temos que a efetivação dos direitos sociais deriva da democracia deliberativa realizada no âmbito do poder público. Destarte, tal direito exige uma destinação, distribuição, bem como a responsabilização da administração pública por sua realização.

Essa ideia de democracia deliberativa, fundamentada na ideia Habermasiana relata que, se a atuação for somente no processo eleitoral não garante a legitimidade das ações e decisões públicas. Dentro do modelo da democracia deliberativa, as decisões políticas serão autênticas se forem baseadas numa vontade pública concebida democraticamente em estruturas não regulamentadas e desprovidas de relações de poder, denominadas de “esfera pública”. Cabendo a essas esferas públicas justamente influenciar o sistema político.

Verifica-se desta forma, a necessidade de se dinamizar a democracia² através da participação popular e por meio de instrumentos de controle, dando chance ao cidadão de exercer diretamente a busca pelo interesse geral, sendo a participação a dinâmica da democracia deliberativa que conduz o processo político.

Destaque-se, que a teoria do discurso de Habermas age em benefício da integração social, advindo a democracia deliberativa e a cidadania, permitindo que sejam solucionados os conflitos existentes na sociedade, utilizando a melhor forma possível, qual seja, o consenso de todos a população interessada.

O que mais importa na teoria do discurso é, inquestionavelmente, acabar com a arbitrariedade nas questões decididas politicamente, sem a participação ativa e igualitária dos maiores interessados, que são os cidadãos, que buscam a solução dos problemas. Essa é a teoria defendida por Habermas.

Um modelo de direito, para que proporcione uma maior garantia jurídica, terá que ser intersubjetivamente compartilhado com todos. Isso também é válido para uma compreensão procedimentalista do direito, inclusive por trabalhar com vários paradigmas.

É necessário que haja a teoria do discurso jurídico, capaz de criar e aplicar normas jurídicas, que resolvesse os mesmos problemas sociais. Os argumentos permitem a sustentação de razões, considerando a observância das condições do discurso, de forma que uma pretensão de validade seja sustentada e debatida pela ação racional de participantes do discurso. O que Habermas propõe é problematizar no contexto de uma teoria da argumentação as questões levantadas, em busca da teoria discursiva do direito. Isto permite analisar a

² Dworkin relata que a democracia atualmente não se traduz num único conceito, mas em grandes controvérsias sobre a melhor versão possível da democracia. Na visão do referido doutrinador, o debate gira em torno da premissa majoritária como um ponto central, no sentido de que esta premissa indica que os procedimentos políticos devem se conduzir de tal forma que a decisão alcançada seja a resolução que favorece a uma maioria ou pluralidade de cidadãos, ou favoreceria se tivesse informações adequadas e tempo suficiente para essa reflexão.

aceitabilidade racional dos juízos sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação, e também a validade poderia ser fundamentada na pragmática (HABERMAS, 2003).

O método de argumentação do direito é admissível através da teoria do discurso, devendo assim, manter o procedimento acessível a participação de todos e permitir que novos argumentos sejam assentados. Esta atuação atinge os diferentes níveis de argumentos sustentados.

Conforme a teoria do discurso jurídico, o processo argumentativo deverá reverenciar as formas de fala igualitárias para ser válido, como também a liberdade, buscando sempre a oitiva universal, do qual prevalecem os melhores argumentos. Dessa forma, é preciso que haja a relação intersubjetiva que é própria da linguagem.

Assim, se faz necessário que tenha aberturas no direito para outros conteúdos de outras classes. Com isto, poder-se-ia aferir a conformidade da decisão pelo preenchimento das categorias comunicativas da argumentação. Neste sentido, é salutar deixar claro que os discursos jurídicos não se confundem com a argumentação moral, possuindo entre elas relações diferentes.

Apesar da divergência, entende Habermas que o discurso moral é um discurso, dentro outras formas de discursos existentes, nos quais a legislação se sustenta. “A legislação política não se apoia somente, e nem em primeira linha, em argumentos morais, mas também em argumentos de outras providencias” (HABERMAS, 2003).

O processo democrático está inserido na ideia habermasiana sobre o discurso jurídico que institui a legitimidade para o direito. E nesse procedimento, diversas resoluções de discursos interferem na concepção de normas jurídicas. Assim, a validade jurídica não depende da validade moral.

O julgador assume posição de imparcialidade, buscando a forma justa no caso concreto e a uniformidade da aplicação e aperfeiçoamento do direito. Apesar de tudo isso, inclusive da imparcialidade, o processo judicial não é orientado pelo discurso racional. As partes que fazem parte do processo querem sempre uma decisão que lhe favoreça, porém, todas as partes envolvidas argumentam para que o juiz imparcial leve em consideração ao final na decisão. São nestas situações que se têm o discurso jurídico.

Dito isto, sabe-se que a teoria habermasiana do discurso tem sua finalidade amparada no consenso. Com isso, quando se obtém o consenso por meio de argumentos variados, chega-se a validade da norma, construída pela coletividade.

Resta evidenciada a importância dada aos princípios quando diante dos casos complexos, somente eles oferecem a possibilidade de os juízes e tribunais extraírem da argumentação a solução que entendam correta.

As normas que são utilizadas à argumentação são as que restringem, a aplicação dos princípios jurídicos, tornando-os meios de aplicação para decisão, jamais de discussões.

A teoria do discurso, deve ser realizada mediante a união do discurso jurídico e a administração pública, para que haja a edificação de uma regra argumentativa oriunda dessa discussão.

A ideia habermasiana apresenta dois tipos distintos de discursos, nos quais os discursos de aplicação há uma prática interpretativa e as formas pelos quais se utiliza os consensos oriundos dos discursos de fundamentação. A principal diferença entre o discurso de aplicação e o discurso de fundamentação para o direito é que o de aplicação é de âmbito jurídico e o de fundamentação é de âmbito legislativo. No discurso de fundamentação o agir comunicativo orientado pelo entendimento é condição de possibilidade para a formação de um consenso, enquanto no de aplicação não há necessidade de nenhuma forma de agir com vistas ao entendimento (HABERMAS, 2003).

O discurso jurídico harmoniza-se respeitando as regras dos processos de argumentação. A teoria do discurso jurídico trazida por Habermas, desponta aspectos sólidos que por meio delas pode-se abranger a legitimidade da fundamentação e da aplicação do direito nas sociedades. O mais importante está na eficiência da decisão, para que abranja o interesse de todos. Do interesse geral resulta que as decisões devem manter consistência com a ordem jurídica.

6. CONCLUSÃO

A realização dos direitos sociais pela Administração Pública, tem-se respaldado na inércia estatal para a adoção de políticas públicas destinadas à promoção dos direitos sociais, discute-se o fato integrante da realidade jurídica, social e política do Brasil. Todavia, esse fato deve ser devidamente rebatido, devendo o Estado prevalecer-se de seus instrumentos para garantir a necessidade dos cidadãos em justiça e equidade no âmbito dos direitos sociais.

Tal prioridade encontra-se exposta por vários fatores. Em primeira análise, vê-se que a Carta Magna colocou o Estado como figura fundamental na concretização da justiça social, encarregado de promover os direitos sociais e criar as políticas públicas voltadas para eliminar

as desigualdades sociais. Com isso diversas diretrizes foram implementadas, dentre estas a ampliação do acesso universal ao sistema de saúde de qualidade.

Com os aportes trazidos pela Constituição de 1988 e a abertura política, permitiu-se ver o tratamento diferenciado ao direito social no Brasil, proporcionando uma ideia de mudança radical em busca da efetividade pelas ações estatais.

Abalizado na noção de justiça social, e na guerra das desigualdades sociais existentes no Brasil, no extenso caminho percorrido de toda a história dos direitos sociais, muitas batalhas foram amargadas a fim de implementar um sistema que abrangesse todos os cidadãos, sem discriminação, de forma integral, universal, gratuito e igualitário.

Nesse contexto, o direito à saúde está caracterizado como um direito impreterível diante dos demais direitos sociais amparados constitucionalmente, posto que, sua perfeita garantia para com o cidadão tem o poder não só de corrigir um problema pontual no caso concreto, como também de proporcionar ao cidadão o pleno usufruto dos demais direitos sociais.

Um Estado que atrai para si a responsabilidade do direito fundamental à saúde, garantindo constitucionalmente o acesso integral, gratuito e igualitário às ações que buscam a proteção e a recuperação da saúde, não é possível que se abandone os que mais precisam da prestação efetiva de um direito social.

Assim, torna-se necessário exigir do Estado, em todas as esferas, seja federal, estadual ou municipal, que desempenhe sua função constitucional de assegurar o acesso ao direito à saúde conforme a ordem constitucional, não consentindo, desta forma, com a diferenciação de classes, buscando construir um país mais justo, democrático e com menos desigualdades sociais.

Em que pese este avanço, diante da realidade apresentada, constata-se a necessidade de estabelecer mudanças na prestação desse direito fundamental social que ora se apresenta, para que se tenha uma efetiva justiça social. É salutar, que o acesso ao direito à saúde seja igualitário e universal, para que haja o real aperfeiçoamento nesse campo.

Portanto, apresentou a forma como a democracia deliberativa se compõe, a fim de mostrar e aperfeiçoar a forma em que a sociedade civil pode participar das decisões da administração pública. Assim, destacou-se os meios mais efetivos, pelos quais devem desenvolver-se o procedimento deliberativo nas esferas públicas, de modo a esclarecer de que forma o processo deliberativo pode atingir a população de modo universal e igualitário.

De tal fato, pode-se extrair, que a Teoria da Democracia Deliberativa trazida por Habermas se estabelece em um primoroso exemplar muito promitente para as pesquisas a

respeito desse tema. No entanto, os desafios apresentados provêm, em sua grande maioria, da carência dos postulados previstos como adequados para assegurar um procedimento de deliberação livre e autêntico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. P.111. São Paulo: Malheiros, 2011

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**.P. 25-26 Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. P.434. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

BENEVIDES, Vitória de Mesquita. **A Cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. P. 44, São Paulo: Ática, 1991.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da Saúde Pública no Brasil**. P.5. São Paulo: Editora ática, 2011.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. P. 134, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. P.571, São Paulo: Malheiros, 2005.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. P. 154. Tradução Marco Aurélio Noqueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012

BUCCI, Maria Paula Dallari **Políticas Públicas: reflexão sobre o conceito jurídico**. P. 262-263. São Paulo: Saraiva. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. P. 337-338, Coimbra: Almedina, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999)**, P. 187, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**. P. 326, 1.ed.São Paulo: Saraiva, 1999.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa**. P. 248, Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Políticas de Estado e políticas de Governo: o caso da saúde pública**.

DALLARI, Dalmo Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. P. 30, São Paulo: Moderna, 1998.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. P. 275-276. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. P. 91. São Paulo: Método, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. P. 347,São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **La lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria**. Institutos de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, P. 03-27.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa**. In: Revista de Direito Administrativo. P. 168, Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. P. 106, Curitiba: Editora Juruá, 2013.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica**. P. 50. São Paulo: Cortez editora, 2001.

_____. **Os Conselhos de Educação e a Reforma do Estado: Em Conselhos Gestores de Políticas Públicas**. Maria do Carmo A. A. Carvalho e Ana Cláudia C. Teixeira (orgs.). P.52 São Paulo: Pólis, 2000.

GRAU, Eros. Supremo Tribunal Federal. **Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>. ADI nº 3.305-DF, Relator Ministro Eros Grau, Data de julgamento: 13/09/2006. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. P. 286 – 287. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2003.

_____. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. P.164. Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2002.

_____. **Faktizität und Geltung**. P. 359 – 360, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Texto selecionado e traduzido por Carlos dos Santos Almeida. P. 37-38. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELLES, Márcio Ferreira. **A complementariedade dos controles interno e externo da administração pública mediados pelo controle social**. P. 97, coordenadores: Cristina Fortini; Miriam Mabel Ivanega. **Mecanismos de Controle Interno e sua Matriz Constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. P. 747-748, São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 639.337 São Paulo. 2ª turma, 23/08/2011, relator Celso Antônio Bandeira de Melo.

_____. ADPF – 45 MC/DF, Relator: Min. Celso De Mello, publicada no DJU de 4.5.2004. **RE 581352 Agr, relator: Min. Celso de Melo, segunda turma, Data de julgamento: 29/10/2013.**

_____. Supremo Tribunal Federal. **Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538> RE 271286 AgR/RS, 2ª T., Relator Min. Celso de Mello, DJU de 24.11.00, p. 101. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, tomo IV: Direitos Fundamentais**. P. 397, Coimbra: Coimbra editora, 2000.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal: Direitos e garantias fundamentais**. P. 89, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. P. 481, 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

PAIM, Jairnilson Silva. **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios**. p.14. Disponível em <http://download.thelancet.com/flatcontentassets/pdfs/brazil/brazilpor1.pdf>. Acessado em: 02/03/2015.

PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado**. P.155 v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Audiência Pública no Direito Administrativo Brasileiro**. P. 101, coordenadores: Cristina Fortini; Miriam Mabel Ivanega. **Mecanismos de Controle Interno e sua Matriz Constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas**. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas públicas: Reflexão sobre o Conceito Jurídico**. P. 171. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Paulo de Medeiros. “**A Saúde no Brasil Contemporâneo: dimensões da crise**”. CASTRO, Janete Lima de, Jacinta Maria Moraes Formiga, Rosana Lúcia Alves de Vilar (orgs.) **Política e Gestão em Saúde: Reflexões e Estudos**. P. 72, Natal: Editora Observatório RH NESC/UFRN, 2006.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na [Constituição Federal de 1988](#)**. P. 88-89, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. P. 565, 6ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. P. 113, 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. P.52, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Legislação consultada

BRASIL. Constituição da República do Brasil de 1988.

ALEMANHA. Constituição Alemã. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acessado em: 14/04/2015.