

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

IVAN DIAS DA MOTTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Ivan Dias da Motta – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-360-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

É com grande alegria e cumprindo com uma relevante responsabilidade acadêmica que apresentamos esta coletânea de artigos, a qual é fruto dos debates realizados no âmbito do XXV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, oriundo do Grupo de trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas II . Importante frisar que o evento acadêmico aconteceu entre 07/12/2016 e 10/12/2016, na Cidade de Curitiba, sendo sediado pela UNICURITIBA e pelo seu programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Direito.

Dentre os 66 trabalhos selecionados para a temática de DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS, 22 artigos foram apresentados e debatidos neste Grupo de Trabalho. A abordagem geral dos artigos aponta a busca pela análise do Direito Constitucional nas relações sociais, demonstrando a evolução e o interesse nas políticas públicas e a consolidação da linha de pesquisa própria dos Direitos Fundamentais Sociais.

Os artigos apresentados enfrentaram os seguintes temas: acesso ao trabalho, educação, saúde, judicialização e gestão de políticas públicas, sustentabilidade e ambiente e questões de inclusão e gênero.

Discutiram-se como proposições do GT algumas questões aglutinadoras e metodológicas para futuras pesquisas:

- a necessidade de estudos sobre a concreção constitucional de direitos por meio de políticas públicas, assim como a eficiência, a efetividade e a eficácia da execução do orçamento público;
- na questão da judicialização da política pública, a necessidade de pensar um procedimento adequado para avaliação judicial da política pública e a efetividade da execução das sentenças;
- o tema da falta de dados públicos acessíveis sobre a concreção de políticas públicas de Direitos Sociais e mesmo Fundamentais individuais;

- metodologias para inclusão de direitos na agenda pública como vocalização de demandas sociais e Direitos Fundamentais.

Desse modo, fica patente nas pesquisas apresentadas a leniência ou mesmo a omissão do estado brasileiro na implementação de políticas públicas, apontando assim um comportamento juridicamente reprovável e transgressor. A atuação judicial, por sua vez, vem impondo ao Poder Executivo o cumprimento de muitas garantias e a efetivação de políticas públicas para garantia de Direitos Sociais previstos na Constituição.

Assim, os textos reunidos nesta obra refletem sobre questões centrais do Estado Democrático de Direito. Aos leitores, trata-se de uma ótima oportunidade para (re)pensar os Direitos Sociais e as políticas públicas.

Curitiba-PR, 09 de dezembro de 2016.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Ilton Norberto Robl Filho - UPF e UFPR

Professor Doutor Ivan Dias da Motta - UNICESUMAR

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: A NECESSÁRIA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND PUBLIC POLICY: THE NECESSARY CONSTITUTION DELIVERING FEDERAL 1988.

José Roberto Anselmo ¹
Ricardo Augusto Bragiola ²

Resumo

O trabalho abordará a problemática implementação de políticas públicas para concretização do direito fundamental à saúde, pelo que estas devem ser controladas pela jurisdição constitucional e dirigidas de modo emancipatório e inclusivo, pois as promessas constitucionais não são concretizadas em decorrência da ausência de vontade política, por interesse capitalista, por eleição de prioridades de governo sobre as prioridades dos seres humanos, por ineficácia, mal planejamento e implementação das políticas públicas, ou por se deparar com a reserva orçamentária. Assim, a Constituição não é vivenciada desde 1988, pois o patrimonialismo ainda está nas raízes brasileiras.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde, Constitucionalismo, Ineficiência das políticas públicas, Leitura constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The work will address the problematic implementation of public policies for implementation of the fundamental right to health, so they must be controlled by the constitutional jurisdiction and directed the emancipatory and inclusive manner because the constitutional promises are not implemented due to the lack of political will, capitalist interest, by election of government priorities on the priorities of human beings, inefficiency, poor planning and implementation of public policies, or come across the budgetary reserve. Thus, the Constitution is not experienced since 1988 as patrimonialism is still in the Brazilian roots.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health fundamental right, Constitutionalism, Inefficiency of public policies, Constitutional reading

¹ Doutor em Direito Constitucional pela PUC; Mestre e Especialista em Direito pela ITE - Bauru/SP; Especialista em Direito pela Universidade de Pisa – Itália; Professor na ITE; Procurador Municipal.

² Mestre e doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – ITE - Bauru/SP. Especialista em Direito Empresarial pela FGVLaw. Advogado e professor universitário.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo discorre sobre a violação do direito fundamental a saúde com relação às políticas públicas, pelo que faz-se necessário não apenas os direitos do homem como liberdades públicas limitadoras e de resistência ao poder (denominados de *direitos fundamentais de primeira geração*) com o individualismo liberal que pregava a não interferência do Estado, mas também todo um rol de direitos de conteúdo econômico-social, que importaram nas condições adequadas e mínimas de vida a todos, assegurando-se a igualdade de oportunidades, mediante o compromisso e comportamento ativo do Estado (antes Liberal) na realização da justiça social.

Neste contexto, eis que o direito a saúde faz parte do rol destes direitos de conteúdo econômico-social, tomando o caráter de segurança dos seres humanos quanto às áleas da vida, bem como um caráter de liberdade, que tem valor quando há condições de exercê-la plenamente, de acordo com a igualdade material¹ de oportunidades oferecidas a todos os indivíduos, e que deve ser assegurada por meio da atuação do Estado² (Social).

O direito à saúde pertence à categoria dos *direitos fundamentais de segunda geração*, também denominados direitos sociais³, os quais vieram na linha de concretização das providências sociais por parte do Estado para com o cidadão, em uma crescente necessidade de solidariedade social e fraternidade, com assunção de responsabilidades político-sociais por parte dos Poderes Públicos, conformando, por conseguinte, uma nova responsabilidade ao Estado, que antes atuava como mero garantidor de direitos individuais (Estado Liberal) e que, assim, passou a ter também a função de fornecer aos cidadãos prestações positivas – com

¹ Fixou-se, desta forma perante a igualdade material, a necessária distinção entre diferenças e desigualdades. As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural. COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Alemã de 1919*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>. Acesso em 18 de agosto de 2016.

² “Mais do que isso, pensando na natureza de ser do Estado, infere-se que a preservação da dignidade da pessoa que o integram constitui-se, rigorosamente, em um princípio que lhe é congênito e, nesta perspectiva, a proteção da vida, em sentido negativo (impedindo a cominação de pena de morte, por ex.) e positivo (assegurando um mínimo de assistência material), torna-se um ponto de legitimação de toda a ordem jurídica”. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 – estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. 1ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, p. 66.

³ Como conceito de direitos sociais cita-se o de José Afonso da Silva: “Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais práticas propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Ed. Malheiros, 16ª ed., p. 289 - 290.

ampliação dos serviços públicos – voltadas à satisfação de suas necessidades básicas (Estado Social⁴).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88 ou Constituição Federal de 1988) instituiu-se o Estado de Direito, o qual além de democrático deve ser um Estado Social de Direito, pluralista, aberto, participativo de todas as camadas da sociedade nos bens da vida e na direção da coisa pública. Criou-se uma nova dimensão constitucional dos direitos sociais, dos direitos econômicos, do Estado Social de bem-estar, do indivíduo como pessoa, pelo que o artigo 6º enumera, portanto, não só os direitos que vêm a serem chamados de direitos trabalhistas, mas também os direitos sociais globais que todo cidadão brasileiro deve ter respeitado e que são garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, eis que da necessidade de proteção dos direitos sociais, através dos serviços públicos e das políticas públicas, ambos prestados pelo Estado, evidencia-se o nascimento da nova forma de Estado que foi o Estado Social em substituição ao Estado Liberal, bem como a busca por uma igualdade mais material, diante da igualdade formal que se arrima ao liberalismo⁵.

Portanto, diante da Constituição Federal de 1988, onde constam transformações necessárias perante os sujeitos historicamente excluídos, em especial os despossuídos frente o patrimonialismo, o direito a saúde deve ser vislumbrado como um índice de que vivemos em uma comunidade inclusiva e, no caso, a saúde é um direito que deve ser reconhecido juntamente com a dignidade como uma questão de reconhecimento recíproco de uns em relação aos outros, de maneira que se efetive o direito a saúde, não apenas como um regime qualquer, com um proceder qualquer, mas com dimensões materiais de maneira a não excluir o *ser* da sociedade, com vistas a proteção dos direitos fundamentais, pois do contrário, a história se vingará e nos fará pagar, o que justifica, por si só, a importância do presente estudo.

⁴ Importante ressaltar que o Estado Social não se confunde com o pensamento socialista. O Estado Social de Direito é a forma jurídico-institucional que corresponde ao estágio da democracia social, onde os direitos humanos são próprios da natureza da pessoa humana e como tais anteriores e superiores ao Estado, diferentemente ao chamando “pensamento socialista”, em que a visão dos direitos humanos (ou da cidadania) como condicionados pela própria sociedade e expressamente concedidos pelo Estado. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O processo preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/cancado_trindade_processo_p_viena_1993.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2016.

⁵ “[...] a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –, termina a apreçoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome”. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60-61.

2. A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A proteção estatal da saúde está intimamente ligada a todos os outros princípios norteadores da Constituição, em especial o “princípio da dignidade da pessoa humana”.

O inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, neste sentido, reza que a dignidade humana deve ser respeitada no Brasil frente a qualquer violência no Estado Democrático de Direito, pois o Estado reconhece referido direito ao cidadão, sob pena de violar os direitos naturais, devendo respeitar o cidadão e prover as condições necessária para o ser humano crescer e desenvolver suas potencialidades.

A saúde é justamente um bem da vida *prima facie* que apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, pelo que a saúde do indivíduo, no entendimento de Zanobini, citado por José Cretella Júnior:

“é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica ou especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político”.⁶

Os Poderes Públicos, cada qual em seu campo de atuação e competência, estão impedidos de ficar inertes na emissão de providências e ações especificadas ou de retirarem conceitos utilizados pela linguagem constitucional para uma dimensão inferior ao significado mínimo (núcleo essencial⁷) que podem comportar uma inteligência normal, razoável e proporcional, apenas com a posição (ideológica) que a imprecisão ou a fluidez das palavras constitucionais tiram-lhe a ação a ser concretizada. Se assim considerar, a Constituição perderia sua força normativa⁸, pois a lei suprema é a Constituição e, assim, não será uma lei posterior que irá regular a sua base significativa para com a sociedade.

⁶ ZANOBINI, Corso, V, p. 59 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4331.

⁷ “A ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV). Tal cláusula reforça a ideia de um limite do limite também para o legislador ordinário. Embora o texto constitucional brasileiro não tenha consagrado expressamente a ideia de um núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

⁸ “[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, § 1º, prevê que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. Dita dicção do poder constituinte visa justamente proteger, ao longo do tempo, o texto constitucional de qualquer pretensão reducionista que torne seus preceitos letra morta e, assim, eventual omissão ou inércia do Estado no seu dever de concretização (no plano das ações e políticas públicas) da efetividade e aplicabilidade das normas fundamentais sociais.

A respeito da obrigação social do Estado ser concretizado desde logo, mesmo diante de conceitos de ampla interpretação, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que:

[...] se em todos os ramos do Direito as normas fazem uso deste tipo de conceitos, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar o seu alcance nos casos concretos – o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação –, por que negar que possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional? Por que imaginar necessário que o Poder Legislativo disponha sobre a matéria para só então considerar o Poder Executivo ou terceiro obrigado a respeitá-los em matérias de liberdades públicas ou de direitos sociais?

A explicação é simples. Ainda aqui comparece uma posição ideológica, autoritária, às vezes inconscientes de que nada mais representa senão reminiscência de um autocratismo privilegiado do Estado, mera reverberação enaltecedora de prerrogativas regalengas.⁹

Assim, dentro do contexto da saúde do homem, da sociedade e do Estado, este último (diante do ser humano) deve buscar o cumprimento sociológico ou social da implementação da saúde através das ações múltiplas com eficácia frente aos seus destinatários, pelo que a eficácia decorre da eficiência, ou seja, do fato de ser a saúde verdadeiramente observada ou obedecida no meio social a quem se destina¹⁰, como direitos públicos subjetivos, exigíveis, pelos seus destinatários, do Estado, que os deve prestar ou obrigar que terceiros os prestem.

Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Editora Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 18 – 19.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 29.

¹⁰ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 74.

Não se trata mais de meras franquias individuais, passivas e negativas, diante de um Estado inerte e absenteísta.

O direito à saúde é um mandamento e não uma mera pretensão, vinculante do texto máximo, devendo ser obedecido ou invocado, ou pelo próprio particular em suas relações jurídicas, concretas, ou pelo legislador ordinário, o qual deverá regulamentar. Criou-se uma dimensão constitucional dos direitos sociais, dos direitos econômicos, do Estado social de bem-estar, do indivíduo como pessoa, considerando este último como pertencente a um grupo, a uma ordem, a uma categoria, a uma família, a uma crença, a um nível cultural, que o transcendem e lhe conferem determinado *status*.

O indivíduo, de abstrato, amorfo, indiferenciado, passou à pessoa concreta e situada, podendo exigir do Estado e da sociedade a plena realização de suas potencialidades e de sua dignidade humana¹¹ e, por outro lado, o Governo, mediante políticas sociais e econômicas, visando à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário de ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, deverá preventivamente bem como *a posteriori*, atacar todas as fontes que possam afetar a saúde das populações.

Certo é que de nada adiantaria o Estado garantir a saúde, sem, contudo, dispor, paralelamente, de completo e moderno aparelhamento fiscalizador, órgão de controle que indicasse sobre as ações e serviços de saúde, sob direta regulamentação do Poder Público, com base no poder de polícia, agindo diretamente ou através de terceiros, e, também, por meio de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado. A incorporação de normas de conteúdo econômico e social, como “a saúde sendo um direito de todos e dever do Estado” é uma característica mais definida de uma etapa do constitucionalismo que recebe o nome de constitucionalismo social.

¹¹ “Con el transcurso del tiempo, quedaria registrada una doble transformación a nivel del Estado y a nivel de los derechos de las personas: esa doble transformación consistia en el tránsito del Estado abstencionista el Estado intervencionista, por um lado: y en la complementación de los derechos individuales con el surgimiento de los derechos sociales, por el outro. [...] No bastaba con que el Estado protegiera através de la garantía del orden y de la administración de justicia, sino que el aparato estatal quedaba al servicio de las necesidades de sujetos a quienes el propio ordenamiento jurídico dotaba de acción legítima para impulsar la actividad estatal em servicios y prestaciones. [...] Los titulares de los nuevos derechos podían exigir y pretender ciertas prestaciones. [...] Así, por ejemplo, desde el punto de vista de la cobertura de los riesgos, el constitucionalismo social también ha significado una transformación sustancial, ya que primero hemos transitado de la ‘caridad’ (individual) a la ‘asistencia’ (grupala), para arribar finalmente al estúdio de la ‘seguridad social’ [...]”. VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *El Estado de Derecho em el Constitucionalismo Social*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982, p. 281-6 *apud* BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, p. 400 e seguintes (notas de rodapé).

A direção deste processo aponta para o estabelecimento de uma democracia social, com o apoio normativo de normas constitucionais que refletiram em uma dupla transformação com novas regras para o Estado e novas missões à sociedade, pois do contrário, a Constituição Federal de 1988, sem normas sociais, seria nada mais que um instrumento insuficiente e inadequado para o governo social contemporâneo, sem qualquer relação com as expectativas provenientes dos setores mais necessitados, bem como sem impor qualquer concepção de responsabilidade governamental.

O direito a uma prestação estatal¹² corresponde a uma ação positiva do Estado, diferentemente da abstenção estatal, o qual se trata de uma ação negativa como um direito de defesa do indivíduo. O direito fundamental à saúde considera-se como um direito que necessita de prestações positivas tanto por se tratar de direitos subjetivos do indivíduo quanto por se tratar de um direito previsto na Constituição Federal. Um Estado que se queira ser democrático e de Direito inexoravelmente tem de lançar mão de iniciativas pró-ativas da equalização material de categorias sociais que se encontram em estado de discriminação.

Tal comportamento estatal evidencia aquilo que Antonio E. Perez Luño chama de dupla dimensão constitutiva do princípio da dignidade da pessoa humana: (a) a negativa, que buscar impedir a submissão da pessoa humana a degradações; e (b) a positiva, que impõe a garantia de condições para o pleno desenvolvimento da personalidade deste homem (enquanto gênero).

Neste sentido, a prestação positiva de proteção a saúde passa necessariamente a ser uma forma de justiça redistributiva e igualdade¹³, no sentido de oportunidades por meio de políticas públicas para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária

¹² O direito a uma prestação estatal é chamado de direitos fundamentais sociais, que são considerados direitos a prestações por excelência, tendo posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas. Por ‘direitos a proteção’ devem ser entendidos, neste trabalho, os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Os direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442.

¹³ Walter Claudius Rothenburg ensina que os “sujeitos passivos” são aqueles que devem proporcionar os direitos fundamentais (no caso, a igualdade), se é certo que o papel do Poder Público no contexto dos direitos “liberais” é, sobretudo, de garantir em face de violações, com a menor ingerência possível no tocante a proporcionar tais direitos, por outro lado percebe-se que o Poder Público tem, sim, um importante papel de proporcionar inclusive direitos liberais”, ao passo que os direitos “sociais” devem valer também “negativamente” (ser defendidos). Portanto, o critério do “papel do Estado” não é suficiente. Quanto aos “sujeitos ativos”, os titulares dos direitos fundamentais (no caso, a igualdade), embora os direitos “liberais” tenham um forte acento individualista, contra um forte acento “coletivo” dos direitos “sociais”, a reivindicação de uns e outros pode se dar tanto individual quanto coletivamente. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade*. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 367 – 368.

perante os outros, operando o Estado como redistribuidor de benefícios aos cidadãos, de maneira a tentar compensar as desigualdades que o preconceito, a discriminação e a intolerância continuam a efetivar nos dias de hoje. Tais políticas seriam benéficas à sociedade, eis que promovem a inserção de todos os indivíduos, os quais, muito embora não tivessem (tiveram) acesso até hoje, encontram uma possibilidade na dicção constitucional de que seja a sociedade mais aberta, tolerante, miscigenada e multicultural.

O poder de agir fático é assim um direito subjetivo *prima facie* e vinculante, de todo cidadão, como um direito “em si” e que ele não pode depender de um menor ou maior grau de possibilidade de realização, nem mesmo que a cláusula de restrição desse direito – a reserva do possível, no sentido que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não pode levar a um esvaziamento do direito. Nas lições de Peter Häberle, citado por Robert Alexy, no “Estado prestacional, o direito objetivo relevante para os direitos fundamentais ‘ultrapassa’ o direito (fundamental) subjetivo”¹⁴.

Konrad Hesse ensina que por trás da fase atual de sua consolidação, de desenvolvimento e, ao mesmo tempo, de progresso e mutação do ordenamento constitucional da Lei Fundamental, faz-se necessário observar, cada vez mais, os acontecimentos futuros; temos de tomar consciência do significado dos novos problemas para os direitos fundamentais, para os órgãos estatais estabelecidos pela Constituição, suas tarefas e a forma de levá-las a cabo, e para adotar as disposições com as quais a ordem constitucional possa fazer frente a novas situações ou às condições de funcionamento, bem como buscar vias que tornem possível, sob condições distintas, uma existência livre e digna¹⁵.

Nesta linha, ainda nas lições de Konrad Hesse, agora citado por Robert Alexy, eis que ensina sobre a existência de uma obrigação positiva do Estado de “fazer de tudo para realizar os direitos fundamentais, mesmo que não haja para tanto um direito subjetivo do cidadão”¹⁶.

Portanto, neste contexto, todo ser humano tem direito público subjetivo contra o Estado relativamente às ações e serviços de saúde. O dever do Estado, colocado no polo passivo como devedor, diz respeito às medidas a serem tomadas na área da prevenção e, complementarmente, também na área da recuperação (conforme preconiza o art. 196, da Constituição Federal de 1988).

¹⁴ Peter Häberle, “Grundrechte im Leistungsstaat”, p. 108 *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais, ibidem*, p. 517.

¹⁵ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: 2009, p. 22 (*Constituição e Direitos Constitucional*).

¹⁶ HESSE, Konrad, “Grundrechte: Bestand und Bedeutung”, pp. 95-96 *apud* ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 517.

3. O ESTADO SOCIAL E A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS MATERIAIS DIANTE DA BAIXA CONSTITUCIONALIDADE E INEFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Muito embora o *ser* tenha um direito público subjetivo a saúde frente ao Estado, existe verdadeiramente um abandono, pela administração no âmbito federal, estadual e municipal, da infraestrutura da saúde no Brasil e, ainda, a questão da administração das Políticas Públicas tem relação direta tanto com o caráter do mau gestor no Poder Público (com qualidades pessoais de quem gere o serviço) quanto para o bem/mal, presentes no administrador público e também no administrador privado.

A saúde, dentro da previdência social e enquanto serviço público, tem de ser prestada mediante atos para assegurar o caráter de universalidade à seguridade social, pelo que o ideário de seguro social não pode ser deixado de lado. Pretende-se que haja – e o Direito há de ser para isto instrumento – uma solidariedade entre todos, sociedade e Estado. O conceito de universalidade – polissêmico em Direito – está sendo tomado na acepção referida por Washington Peluso Albino de Souza, lembrado por Ricardo Antônio Lucas Camargo¹⁷, em que vai referir-se ao homem enquanto ser natural e social, parcela do conjunto humanidade, sujeito das relações com o meio natural e com os seus congêneres, na natureza e na sociedade.

A ausência ou a deficiência das Políticas Públicas assistenciais está ligado ao contexto da crise do Estado enquanto instância máxima de poder, pois no atual contexto internacional globalizado, vislumbra-se um Estado nacional esmaecido diante do poder das organizações econômicas transnacionais, bem como se verifica o declínio da capacidade estatal de engendrar políticas sociais de amparo às pessoas, em especial aos grupos vulneráveis.

Antônio Augusto Cançado Trindade bem alerta que a atual opção de tantos países por modelos de economia de livre mercado tem-se, infelizmente, feito acompanhar de crescente negligência do Poder Público quanto a vigência e garantia principalmente dos direitos econômicos e sociais e, assim, criam-se novos conflitos internos que levam à uma desintegração ou fragmentação do próprio Estado¹⁸.

¹⁷ *O princípio da universalidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos: visita à obra de consolidação de Antônio Augusto Cançado Trindade. In: Plures. Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Trindade.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, t. 1, p. 67 *apud* CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico, direitos humanos e segurança jurídica.* Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2007, p. 256.

¹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O processo preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993.* Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/cancado_trindade_processo_p_viena_1993.pdf. Acesso em agosto de 2016.

Nesta linha, eis que o sistema brasileiro de saúde recebe críticas de todos os lados, pois os avanços a partir da sistemática adotada pela Constituição Brasileira de 1988 foram somente no campo ideal em relação à política social e à teoria constitucional. No Brasil, o caminho e a luta pela saúde como um direito fundamental de cidadania não foi e não é ainda nada fácil. Antes do golpe de 1964 já existiam algumas ações de saúde pública, porém eram esparsas e encontravam resistências por boa parte da população, como ocorreu com a Revolta da Vacina, com a implementação do saneamento básico na época de Pereira Passos, e com as ações de Pedro Ernesto como prefeito no Estado Novo de Getúlio Vargas.

Eduardo Ribeiro Moreira ensina que as ações de políticas públicas de saúde misturavam-se com atos de império e não raro recorria-se à força policial. Numa visão mais crítica, após o Golpe de 1964, a situação se agravou e isso pode ser lembrado pelas lutas das décadas de 1970 e 1980, bem como pelo movimento da reforma sanitária, iniciado no Rio de Janeiro e que ganhou dimensão nacional. O problema do regime militar era seu modelo de saúde que propagava o “Estado Mínimo”. Os caminhos até a melhoria pela saúde foram os mesmos da luta pela democracia, pelas “diretas já” e pela anistia política¹⁹.

O discurso governamental argumentava que o Estado entrou em crise financeira a partir dos anos 1970 e que a Reforma seria uma alternativa à superação desta crise, sustentando que a eficiência e a garantia dos direitos dar-se-iam por meio da Reforma. Este novo modelo de Estado tem como principal estratégica a desregulamentação, reduzindo o papel do Estado na sua função de regulador da vida econômica e social, mas não o eliminando²⁰.

O lamentável retrato da saúde nas décadas de 70 e 80, não muito diferente da atualidade, pode ser retratado da seguinte maneira: a) as dotações orçamentárias dos níveis estaduais e municipais eram inferiores às necessidades de custeio das redes de assistência; b) havia inúmeros desvios de recursos da saúde para áreas com mais visibilidade política (e em geral sem finalidade social); c) financiamento do setor privado conveniado através das chamadas unidades de serviço, que era um cenário favorável à corrupção, como superfaturamentos, pacientes fantasmas e fraudes em grandes proporções; d) insuficiência do antigo modelo constitucional orçamentário; e) ausência de instrumentos de controle, de

¹⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Direito constitucional atual*. Rio de Janeiro, Elsevier, Campus, 2012, p. 340-341.

²⁰ FREITAS, Maria Raquel Lino de. *A questão social no Brasil: consideração sobre o papel do Estado*. In: *Ser social: Revista do programa de pós-graduação em política social*. Universidade de Brasília. Departamento de Serviço Social. V. 1, n. 1 (1º semestre, 1998). Brasília, SER Social UnB, 1998, p. 28.

prioridades e de gastos públicos, protegidos por um regime militar autoritário; f) impedimento de qualquer notícia e informação sobre a saúde que prejudicasse a sua imagem²¹.

As questões sobre a saúde no Brasil foram profundamente debatidas nas décadas de 70 e 80, em face de uma política de saúde que favorecia o setor privada, com um modelo excludente e com atendimento precário. O que se pretendia era a estatização dos serviços de saúde, na constituição de um Sistema Único de Saúde, descentralizado, baseado nos princípios da universalização do acesso às ações e serviços de saúde e da equidade e integralidade da atenção à saúde, princípios esses que foram recepcionados no artigo 196 da Constituição de 1988²².

Assim, o sistema de saúde no plano público vive problemas de eficiência e, essa dificuldade revela-se na sua incapacidade de implementar Políticas Públicas e, especialmente na sua impotência em face da inflação sempre crescente, fragmentando a lógica de ação do Estado e fabrica um padrão de juridicidade marcado por inconstitucionalidades rotineiras – tanto no plano da produção legislativa quanto na esfera da administração pública – ou pelo recurso às fórmulas bastante heterodoxas de legalidade *ad hoc*²³.

No plano do Direito Constitucional, para usar a expressão de Claus Offe, delineia-se um problema político-constitucional, isto é, um conjunto de instituições sem capacidade de regulação nem de repressão, pois a cidadania vivencia a baixa intensidade das nossas instituições representativas, caracterizando-se pela completa irresponsabilidade política, pois fogem de todas as formas de controle e prestação de contas, sustentando um sistema de dominação privatizado, de troca de favores com o Executivo e de partidos oportunistas com negação de todos os princípios republicanos e o correlato social dessa irresponsabilidade institucional é a ruptura de identidades²⁴.

Neste sentido, Bachof, mencionado por Lênio Luiz Streck²⁵, indica a existência de certa relação tensionante entre o direito e a política, pois o juiz constitucional aplica certamente o direito, mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que

²¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Direito constitucional atual*. Op. Cit., p. 340-341.

²² BELEZA, Flávia Tavares. *O direito humano à saúde: entre o desrespeito e a ignorância*. In: Ser social: Revista do programa de pós-graduação em política social. Universidade de Brasília. Departamento de Serviço Social. V. 1, n. 1 (1º semestre, 1998). Brasília, SER Social UnB, 1998, p. 133.

²³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

²⁴ OFFE, Claus. *Partido competitivo e identidade política coletiva*, in *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 295 *apud* CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. Op. Cit., p. 53.

²⁵ Cf. BACHOF, Otto. *Estado de Direito e Poder Político*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LVI. Coimbra Editora, 1996, p. 10 *apud* STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Editora Forense, 2001, p. 106.

aquele que a faz proceda a valorizações políticas. A evolução da Teoria do Estado – que não pode existir a margem da Constituição – implica o surgimento da politização da Constituição.

As implicações políticas sobre o constitucionalismo contemporâneo representam a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição. A Constituição Federal 1988 expõe claramente no artigo 3º sobre o resgate das promessas da modernidade, apontando, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficaciais (uma norma pode ser, ao mesmo tempo, programática no sentido clássico, de eficácia plena no sentido prestacional ou servir como garantia para garantir o cidadão contra os excessos do Estado).

O atual Estado Democrático de Direito, por sua vez, trás insita a pactuação que aponta para o resgate das promessas da modernidade, representada pela concretização dos direitos sociais (Estado Social – art. 3º da CF), que, a toda evidência, constitui direitos fundamentais prestacionais, os quais estão atrelados aos direitos sociais prestacionais, de dimensão positiva, que não exclui uma faceta de cunho negativo.

O Estado, como principal formulador das políticas públicas, deve obter o resultado de uma complexa e dinâmica interação de fatores econômicos, políticos e ideológicos, com escolha guiada por valores políticos e ideológicos lógicos, consagrados, no caso brasileiro, no texto constitucional, devendo ser compreendido dentro do contexto de legitimação do Estado pela capacidade de realizar objetivos predeterminados (como aqueles fixados no próprio artigo 3º da Constituição de 1988).

Assim, neste contexto, ocorre tensionamento entre as instituições, de um lado, com a existência de textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais e, de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por maiorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais.

Com efeito, o juiz constitucional aplica certamente o direito, mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aqueles (Poderes Executivo e Legislativo) procedam a valorizações políticas²⁶. Do contrário, configurar-se-á o enfraquecimento do papel

²⁶ Lenio Luiz Streck, ao citar Otto Bachof (*Estado de Direito e Poder Político*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. LVI. Coimbra Editora, 1996, p. 10), ensina que a evolução da Teoria do Estado implica no surgimento da politização da Constituição que, afinal, do normativismo constitucional salta-se para a Teoria Material da Constituição, momento em que ocorre a imbricação entre Constituição e política. E o Estado Democrático de Direito será o lócus privilegiado deste acontecimento. Prosseguindo, Lenio Luiz Streck cita Hans Peter Schneider (*La Constitución – Función y Estructura*. In *Democracia y Constitución*, Madrid: CEC, 1991, pp. 35-52), o qual diz que a Constituição é direito político: do, sobre e para o político. In: STRECK, Lenio

compromissário-vinculante dos textos constitucionais e também da própria finalidade do Estado na proteção dos direitos fundamentais.

Nesta linha, Eros Grau ensina que:

A Constituição do Brasil não é um mero instrumento do governo, enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão somente um “estatuto jurídico do político”, mas um “plano global normativo” da sociedade e, por isso mesmo, do Estado Brasileiro. Daí ser a Constituição do Brasil e não apenas a Constituição da República Federativa do Brasil. Os fundamentos e os fins em seus artigos 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira. Outra questão, diversa dessa, é a relação a sua eficácia jurídica e social e a sua aplicabilidade. De tal modo, o legislador está vinculado pelos seus preceitos, ainda que sob distintas intensidades vinculativas, conforme já anotava Canotilho já na primeira edição de sua tese, ao cogitar genericamente dessa questão²⁷.

Canotilho, a seu turno, embora reconheça que o texto constitucional continue a constituir uma dimensão básica da legitimidade moral e material e, por isso, possa continuar sendo um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulamentações, etc., por outro lado considera que a Constituição não mais pode servir de fonte jurídica única e nem tampouco pode ser o alfa e o ômega da constituição de um Estado. Mas, Canotilho diz, contextualizando suas afirmações, no sentido de que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias²⁸. Referido ensinamento, atrelado ao núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado para Estado, ao que se pode denominar de núcleo dos direitos sociais-fundamentais em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas da modernidade.

No Brasil, um *país periférico de modernidade tardia*, controlado por grupos econômicos atrelados a partidos políticos, resulta em uma Democracia ilusória em que diuturnamente se testemunha a violação dos direitos fundamentais e políticas-constitucionais

Luiz. *A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em terrae brasilis*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 4, jul./dez.-2004, p. 278.

²⁷ COUTINHO, Jacinto N. M. (Org). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, prefácio de Eros Roberto Grau.

²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n. 15, pp. 7-17; *O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado, RS, n. 56, dez/2002.

incumpridas, eis que coloca em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, necessária a criação de políticas aptas a implementar a Constituição em sua materialidade política-constitucional de forma plena, ou seja, analisando a problemática a partir do estado da arte da (in)efetividade dos direitos fundamentais-sociais no Brasil, com os olhos voltados ao conteúdo dirigente e compromissário da Constituição de 1988, eis a necessidade de defender o acionamento da política e da possibilidade de direção do Estado, mormente porque, no caso concreto do Brasil a dimensão política da “Constituição dirigente” tem uma força sugestiva relevante quando associada à ideia de estabilidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente.

A Constituição de 1988 contém em seu texto as bases de um projeto nacional de desenvolvimento, em que torna possível a reestruturação do Estado brasileiro para conduzir as transformações sociais necessárias para a superação do subdesenvolvimento, não ignorando o papel da Constituição de 1988 na realidade política e social, até mesmo no sentido de ser a “Constituição Dirigente” um suporte mínimo necessário normativo do desenvolvimento do projeto de modernidade estabelecendo o Estado Democrático de Direito Social, o qual tem como premissa existencial o combate às três violências – física, política e social²⁹.

Como ressalta Lênio Luiz Streck³⁰:

Na verdade, a pretensão é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumento aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se “interpõe” entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento ad hoc de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois!

O próprio fundamento das Políticas Públicas é a necessidade de concretização de *direitos fundamentais* por meio de prestações positivas do Estado, sendo necessário o desenvolvimento nacional (como um todo) da principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais³¹.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em terrae brasilis*. Op. Cit., p. 280.

³⁰ *Idem*.

³¹ BERCOVICI, Gilberto. *Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado*. In: Bucci, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 144.

No entanto, o Estado aparece concomitantemente como protetor e principal adversário dos direitos humanos³². Com efeito, os ensinamentos de Gilberto Bercovici³³ bem identifica a situação acima, em que o Estado brasileiro constituído após a Revolução de 1930, é, portanto, um Estado estruturalmente heterogêneo e contraditório, pois é um Estado Social sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar: moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais. Ainda, Gilberto Bercovici diz que:

A administração Pública brasileira está longe das existências do desenvolvimento. Sua organização é tradicional, com modificações, geralmente, realizadas de maneira improvisada, mas sem uma transformação fundamental para que o Estado pudesse promover o desenvolvimento. A Administração Pública (e o direito administrativo) está voltada para o modelo liberal de proteção dos direitos individuais em face do Estado, não para a implementação dos princípios e políticas consagrados na Constituição³⁴.

Por mais paradoxal que pareça, denota-se ainda assim a necessidade de fortalecer o Estado³⁵, tanto para resistir aos efeitos da globalização, controlar os desequilíbrios por ela gerados, como para encontrar um caminho para sair da crise, de forma integral e com integração social, econômica e política, com um projeto de formação nacional, coletiva, com abandono das formas clássicas do Direito Administrativo que, muitas vezes, são insuficientes para as necessidades prestacionais do Estado Social.

Na formulação inclui-se o diagnóstico do problema, o apontamento dos objetivos a serem alcançados e a escolha dos meios para que se possa atingir esses objetivos. No entanto, o Brasil não tem. A implementação é a fase de execução dos caminhos traçados na formulação e deve ser acompanhada de indicadores de processo e finalísticos para monitorar se os caminhos traçados estão, de fato, sendo seguidos e se os objetivos estão sendo alcançados. Neste caso, o Estado adota medidas sem qualquer estudo, seja antes, durante ou depois do cometimento da medida.

³² COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos humanos e Estado*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato.htm>. Acesso em agosto de 2013.

³³ BERCOVICI, Gilberto. *Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado*. In: Bucci, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Op. Cit., p. 147.

³⁴ *Idem*.

³⁵ “Não obstante, ainda hoje, alguns pretendem justificar uma ilusória conclusão da história e pregam o fim do Estado-Nação. A realidade indica, com contundência, que o Estado continua a ser imprescindível como elemento reitor e organizador da sociedade à procura das suas finalidades últimas, particularmente do bem comum. Na verdade, as sociedades políticas organizadas continuam atuantes. LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *A efetividade dos direitos humanos: o desafio contemporâneo*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 4, jul./dez.-2004, p. 313.

O controle de resultados, feito a partir dos indicadores sobre a execução, permite que se avalie se as metas foram atingidas e se os custos da implementação (custos diretos e externalidades negativas) não superaram seus benefícios, produzindo uma política ineficiente. Neste ponto, o Brasil ainda não possui determinado nível de eficiência, pois nem mesmo consegue cumprir os anteriormente citados. Seja como for o Estado só se legitima quando existe para proteger os direitos naturais do ser humano. Qualquer desvio dessa finalidade última, por menor que seja, transformar-se-á a livre associação em intolerável opressão e justificará a ruptura do vínculo associativo.

Os Poderes Legislativo e Executivo frequentemente agem de forma contrária àquela apontada pela razão e que os próprios interesses em jogos sugerem. Os Poderes Legislativo e Executivo buscam soluções que parecem não ter relação concreta com os interesses daqueles que escolheram aquela política, gerando efeitos perversos na construção de Política Pública eficiente, no desenvolvimento da democracia e na garantia dos direitos fundamentais.

Assim, a deficiência crônica dos serviços públicos e da falta de política pública na prestação de cuidados de saúde no Brasil merece especial atenção e crítica, pelo que estabelecemos dois motivos, a saber: (i) a saúde é necessária para todos os seres humanos, sendo reconhecida como um dos direitos fundamentais, tanto em documentos internacionais quanto na própria Constituição Brasileira, que declara a saúde “um direito de todos e dever do Estado” e (ii) a prestação de cuidados de saúde, em quantidade e qualidade compatíveis com as necessidades da população, é dever dos governantes, que devem colocar a saúde entre as prioridades do governo, até por que isto não tem ocorrido no Brasil, tendo em vista que na maioria dos casos, quem procura os serviços públicos de saúde é a população pobre e, no caso, esta população tem muita dificuldade em se fazer ouvir e, como se não bastasse, seu poder de pressão sobre os governantes é pequeno.

Com efeito, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “a Constituição não é um simples ideário, mas é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas obrigatórias para todos: órgãos do Poder e cidadão”³⁶, ou seja, a força jurídica da Constituição Brasileira reconhece os direitos que efetivamente podem ser invocados, desde logo, pelos interessados e, nesta linha, o tratamento é medida de saúde pública, independentemente de normatização ulterior.

Para tanto, o ordenamento jurídico confere instrumentos ao indivíduo para que o direito a saúde seja efetivado, concretizado em sua plenitude, nem que para isto seja

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. Op. Cit., p. 11.

necessário a intervenção do Poder Judiciário, caso deficiente ou até mesmo inexistente tais serviços fundamentais sociais de obrigação estatal, conforme previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Eduardo García de Enterría ensina sobre a funcionalidade e efetividade do Direito, bem como a criação de um direito subjetivo ao ser humano frente ao Estado, onde:

[...] todas las ventajas (Begünstigen) derivadas del ordenamiento para cada ciudadano se han constituido em verdaderos derechos subjetivos, expresa un principio capital del actual Estado de Derecho, pero debe matizarse, para evitar posibles equívocos, con la observación de que la constitución de derechos subjetivos no surge directamente por la inferencia de tales ventajas desde el ordenamiento, sino sólo y únicamente cuando las mismas sufren una agresión injusta por parte de la Administración, derechos subjetivos que tienden entonces al restablecimiento de dichas ventajas por vía reaccional o de eliminación del injusto que las niega, las desconoce o las perturba.³⁷

Corroborando com as lições acima mencionadas, ainda com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, temos que:

[...] o princípio da legalidade não visou simplesmente à mera estruturação formal de um aparelho burocrático tendo em vista balizar de fora, mediante lei, sua composição orgânica e seus esquemas de atuação. O que pretendeu e se pretende, a toda evidência, foi e é, sobretudo, estabelecer em prol de todos os membros do corpo social proteção e uma garantia. Quis-se outorgar-lhes, em rigor, uma dupla certeza, a saber: (a) de um lado, que o ato administrativo algum poderia impor limitações, prejuízo ou ônus aos cidadãos sem que tais cerceios ou gravames estivessem previamente autorizados em lei e que ato administrativo algum poderia subtrair ou minimizar vantagens e benefícios que da lei resultariam para os cidadãos se esta fosse observada; (b) de outro lado, que todos os cidadãos tivessem, dessarte – por força mesmo do que acima se indicou –, a garantia de um tratamento isonômico, pois é a lei, como norma geral e abstrata (em contraposição ao ato administrativo, disposição individual e concreta), que, por suas características inerentes, enseja um tratamento [...] igual para todos.³⁸

Dentro do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade assegura igualdade entre os administrados e, o Estado, por seu turno, deve seguir os rumos constitucionalmente previstos na Carga Magna de 1988, em prol dos indivíduos, pois estes são titulares de direitos que sujeitam o Poder Público à obediência destes princípios fundamentais, ou seja, ao Estado não apresenta o direito a saúde do indivíduo como uma faculdade a cumprir, mas sim um dever, o qual não pode eximir-se, jamais, nem mesmo com o fugaz argumento de limitações orçamentárias.

Para tanto, Agustín Cordillo e Marcelo Ferreira ensinam que:

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. 1. Madrid, Civitas, 1974, p. 50 – 51.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. *Op. Cit.*, p. 44 – 45.

Frente a la genérica libertad de hacer todo lo no prohibido, existe con todo un derecho específico a la vida y a la integridad física, que puede considerarse razonablemente comprensivo de un derecho a no sufrir lesiones arbitrarias a la salud personal. [...] Además, el derecho a la dignidad humana puede igualmente entenderse en el sentido que ampara el derecho de las personas a que se respete su salud y su habit no ejerciendo sins u consentimiento menoscabos arbitrários a ella. La hipotética ‘libertad’ de quienes realizan actividades lesivas a la salud de los demás se transforma em uma ausência de libertad correlativa del sujeto pasivo, por tanto em um sometimiento coactivo que transformaria em autoridad ilimitada uns suspuesta libertad de quien perjudique la salud de los demais.³⁹

O projeto traçado pela Constituição Brasileira de 1988 tem como objetivo atender às populações vulneráveis, de forma coletiva e universal. No entanto, diante do mercado e da coisificação do ser humano, onde a legislação é apenas utilizada para tratar o paciente como um objeto útil, e não como um ser humano em si, sem dúvida nenhuma, podemos constatar que atualmente a ação estatal é voltada para concepções puramente individualista e fragmentadora da realidade, subordinadas à lógica capitalista e politqueira em detrimento da saúde, da dignidade e da vida dos fragilizados, onde cargos públicos geralmente são utilizados como “troca de favores eleitorais”, sem profissionais comprometidos com a problemática da drogadição brasileira e, quando preocupados, estes visam apenas a angariação de votos.

Em um segundo momento, é importante adequar a atual situação aos preceitos esculpidos na Constituição Brasileira, de forma a estabelecer mecanismos de controle, fiscalização e execução e cobrança sistemática perante as políticas públicas na concretização da saúde, bem como beneficiar e aprimorar o SUS, garantindo um atendimento de forma universal, gratuita, preventiva e, acima de tudo, mais humano (e não emergencial com aspecto apenas de cura temporária, sem o tratamento adequado global para com o caso).

Portanto, as Políticas Públicas poderiam se propor ao desenvolvimento de um trabalho restaurador, emancipador do ser humano, pelo que a saúde faz parte de um contexto mais amplo e coletivo.

4. CONCLUSÃO

A consolidação da Constituição Brasileira de 1988 não tem sido realizada e vivenciada, pelo que a consciência nacional deverá ser reformada no sentido de determinar e transpor a positividade dos direitos ali consagrados na Constituição para o mundo fático, ao menos quando levados à apreciação jurisdicional.

³⁹ GORDILLO, Agustín et all. *Derechos humanos*. 4º Edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999, p. 1 - 2, capítulo IX.

Dentro de um Estado Democrático Social de Direito, solidário e em desenvolvimento, cabe ao Estado o dever de proteção à saúde do *ser*, concretizando mediante políticas de saúde pública, sociais e econômicas que visem a prevenção bem como à redução dos riscos de doenças, de dependência e outros problemas.

As políticas de saúde pública devem ser formuladas (com base em informações concretas), implementadas objetivamente e, ao final, executadas sempre com controle dos resultados alcançados, pois a proteção à saúde é garantida pelas arrecadações da sociedade, dos empregadores e empresas, dos trabalhadores e de outras tantas fontes em favor do Estado, o qual possui as instituições públicas para operar e agir frente aos problemas sociais, ainda mais em Estados de capitalismo periférico com alto grau de exclusão social e com renovadas manifestações de questão social.

No caso da não implementação das políticas públicas, estas devem ser controladas pela jurisdição constitucional e dirigidas pelo texto constitucional como método redistributivo, emancipatório e inclusivo, pois as promessas constitucionais não são concretizadas em decorrência da ausência de vontade política, por interesse capitalista na relação entre os particulares, por eleição de prioridades de governo sobre as prioridades dos seres humanos, por ineficácia da ação estatal, mal planejada, formulada, implementada, ou por se deparar com a reserva orçamentária ou com a reserva do possível, enfim, por total incompetência no cumprimento dos fins constitucionais, resultando, por conseguinte, na não concretização de um direito a esperança que nós temos.

Portanto, evidencia-se que a força dirigente constitucional repercute desde o planejamento até a execução e o controle e avaliação das políticas públicas pela constitucionalização e jurisdicionalização da política e, mais ainda, pelas cláusulas de programaticidade constitucional que importam em promessas e compromissos de construção de um futuro melhor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BELEZA, Flávia Tavares. **O direito humano à saúde: entre o desrespeito e a ignorância**. In: Ser social: Revista do programa de pós-graduação em política social. Universidade de

Brasília. Departamento de Serviço Social. V. 1, n. 1 (1º semestre, 1998). Brasília, SER Social UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito econômico, direitos humanos e segurança jurídica**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Constituição Alemã de 1919**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>.

_____. **Direitos humanos e Estado**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato.htm>.

COUTINHO, Jacinto N. M. (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, prefácio de Eros Roberto Grau.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

FREITAS, Maria Raquel Lino de. **A questão social no Brasil: consideração sobre o papel do Estado**. In: **Ser social: Revista do programa de pós-graduação em política social**. Universidade de Brasília. Departamento de Serviço Social. V. 1, n. 1 (1º semestre, 1998). Brasília, SER Social UnB, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo**. Vol. 1. Madrid, Civitas, 1974.

GORDILLO, Agustín et all. **Derechos humanos**. 4º Edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Editora Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

_____. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: 2009.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **A efetividade dos direitos humanos: o desafio contemporâneo**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 4, jul./dez.-2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito constitucional atual**. Rio de Janeiro, Elsevier, Campus, 2012.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988 – estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. 1ª edição. São Paulo: Editora Verbatim.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Ed. Malheiros, 16ª ed.

STRECK, Lenio Luiz. **A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em terrae brasilis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 4, jul./dez.-2004.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Editora Forense, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O processo preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/cancado_trindade_processo_p_viena_1993.pdf.