

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS IV**

**MARCELO ANTONIO THEODORO**

**ANTÔNIO GERMANO RAMALHO**

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 e garantias fundamentais IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Antônio Germano Ramalho, Marcelo Antonio Theodoro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-356-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://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. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS IV

---

### **Apresentação**

A Constituição Federal de 1988 se aproxima dos trinta anos de promulgação, no entanto, a parte que trata dos direitos e garantias fundamentais ainda por muito tempo será foco de permanentes e complexos debates no âmbito da academia do Direito, cujos discursos procuram fundamentos que sejam razoáveis ou proporcionais que expliquem o fenômeno do descumprimento desse conjunto de normas superiores cuja representação tem repercussão no poder da sociedade.

Neste Grupo de Trabalho, algumas dessas questões são reiteradas, sendo que nos casos aqui expostos, são apresentadas performances como resultado de pesquisa em estudos de casos cujas decisões independentem da ordem jurisdicional tem importante alcance que possa permitir a aplicação do conjunto dos direitos e das garantias constitucionais.

No ranking da saúde destacam-se trabalhos de excelência pautados na seguinte ordem: pressupostos buscando meios de concretização desses direitos; A reserva do possível e a garantia mínima do direito à saúde; A justiça como guardiã da concretização do direito à saúde; a proposta do reconhecimento e paternidade efetiva nos casos de reprodução assistida heteróloga no Brasil.

Outras linhas se expandem procurando dinamizar o debate sobre esses direitos consagrados pela CFB/88, a exemplo do estudo que aponta o Ministério Público como instrumento de defesa dos direitos humanos; O reconhecimento da comunidade das cidades e seus direitos de fala nos planos de desenvolvimento urbano; Os limites da liberdade de expressão e a prudência dos reclamos na atuação dos movimentos feministas; A necessidade de ampliação de se ampliar a discussão do uso do Habeas Data como remédio constitucional; O processo de (re) educação do apenado através da formação no ensino superior através de estudo de caso; O processo migratório em perspectivas de alternativas laborais e a atenção para a repercussão social.

O leitor terá a oportunidade de se debruçar sobre temáticas pouco usuais ainda nas discussões acadêmicas, mas, que trazem extraordinários benefícios para quem atua na linha de Direito Constitucional e seus desdobramentos, quer sejam de ordem teórica, formal ou de ordem material.

O melhor conselho que podemos oferecer é convidá-los a leitura!

Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro - UFMT

Prof. Dr. Antônio Germano Ramalho - UEPB

# **DIFICULDADES DE CONCREÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL**

## **EFFECTIVE DIFFICULTIES OF FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL**

**Rogério Gesta Leal  
Fabio Biasi Pavão**

### **Resumo**

Analisa dificuldade de efetivação da saúde no Brasil. Estuda-se concreção do direito, explicitam-se diferenças entre judicialização e ativismo judicial. A efetivação do direito à saúde por meio da atuação do particular pode proporcionar a concretização do direito por meio da iniciativa privada que visa o lucro. Pondera-se pela participação de entes familiares e da utilização racional dos recursos para cada caso demandado judicialmente.

**Palavras-chave:** Direito fundamental à saúde, Teoria da justiça, Justiça distributiva, Ativismo judicial e judicialização

### **Abstract/Resumen/Résumé**

Analyzes difficulty of effecting health in Brazil. concretion of law is studied , there are explicit differences between legalization and judicial activism . The realization of the right to health through the particular activity can provide the realization of the right by private for-profit . Ponder by the participation of family loved and rational use of resources for each case sued in court.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental right to health, Theory of justice, Distributive justice, Judicial activism and judicialization

## **1. Aspectos introdutórios**

O direito fundamental à saúde é considerado um direito de segunda geração de direitos humanos, vez que seu conteúdo objetiva a igualdade do coletivo.

No entanto, nossa Constituição também estabelece o direito à saúde como um direito fundamental indissociável da vida, no art. 5º, caput.

A análise dos arts. 194, 196 e 198, da Constituição Federal, conjuntamente, permite interpretar que a saúde no Brasil tem cobertura universal, acesso igualitário a todos, atendimento integral. Também deve priorizada a prevenção.

É prescrito também no art. 6º, da Constituição Federal, e considerado imediatamente como um direito social, direcionado a todos os indivíduos.

A saúde é uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade humana. Tem essa importância porque é requisito básico para o bem estar do indivíduo, como também sua própria sobrevivência, seja digna ou absoluta.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabeleceu o direito à saúde, no art. XXV, quando expressamente afirma que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar (...)”.

Ocorre, entretanto, no Brasil, uma dificuldade no acesso à saúde pelas vias administrativas, vez que o Estado alega não dispor de recursos suficientes para o atendimento de todas as demandas.

Os recursos que o Estado destina à saúde anualmente são bastante limitados, enquanto a necessidade do povo para ter acesso à saúde é infinita.

Existem tratamentos caríssimos que, se fossem estendidos a todos os cidadãos, sem avaliar a gravidade dos casos, poderiam comprometer a economia do Estado verdadeiramente.

A discricionariedade do legislador então é quem vai definir o quanto será destinado à saúde, e qual outro setor será beneficiado ou terá seu orçamento suprimido para que esse direito fundamental possa ser protegido ou não.

Entretanto, o convívio social demonstra-nos cotidianamente que o Estado investe menos do que poderia na área da saúde, vez que se sabe que há gastos questionáveis na seara da cultura, entretenimento e outros direitos sociais que se secundarizam diante da importância da saúde.

Não obstante, o Brasil não desenvolve políticas de arrecadação de impostos que visem grandes fortunas, bem como existe um claro déficit entre o que poderia ser arrecadado de imposto de renda e o que de fato ocorre, oriundo de uma sonegação quase que generalizada.

Razões como essa fazem crer que há a possibilidade de a saúde, tanto como um direito fundamental social ou como um direito do indivíduo, estar sendo limitada pelo Estado não por escassez absoluta de recursos, mas por falta de uma vontade política de se cumprir o disposto na Constituição Federal da forma mais ampla possível.

Por outro lado, existem posicionamentos acadêmicos que colocam a família como responsável pela saúde dos entes familiares, deixando de caber integralmente ao Estado a obrigação de efetivação do direito fundamental à saúde.

Há também a liberdade de mercado que permite que, no cenário atual, a prestação de serviços a saúde, e então efetivação do direito fundamental à saúde, tenha como atores empresários que a façam visando lucro, mercantilizando um direito que é essencial ao mínimo existencial.

Nessa seara, surge então a discussão sobre a judicialização do direito à saúde e o ativismo judicial decorrente dessa situação.

Se o executivo não opera satisfatoriamente objetivando a satisfação do direito fundamental à saúde, caberia ao judiciário essa tarefa de imposição? Quando o cidadão vê seu direito negado administrativamente, demanda individualmente no judiciário objetivando a satisfação do seu direito à saúde.

Por um lado, o judiciário quando demandado pode avaliar a situação fática de uma forma que o Sistema Único de Saúde nem sempre se propõe a fazê-lo. Ocorre, no entanto, que o judiciário pode vir a colocar a frente das políticas do executivo os direitos desse indivíduo demandante, colidindo com a vontade do outro Poder.

Para tanto, o presente artigo dedica-se inicialmente a analisar a conceituação da saúde, como requisito ao entendimento do conceito de “direito à saúde” e sua importância no ordenamento e na sociedade.

## **2. O Direito Fundamental Social à Saúde no Brasil a partir da perspectiva constitucional:**

Reiteradamente tem-se dito que o tema da saúde pública constitucionalmente vem definido como direito de todos e dever do Estado (aqui entendido em todas as suas dimensões federativas, ou seja, União Federal, Estados Membros, Municípios, etc.) – art.196 –, devendo ser garantida mediante políticas públicas sociais e econômicas comprometidas à redução do risco de enfermidades e de outros agravos (Leal, 2006, p. 1525)

O que está em debate aqui, pelos termos do prisma constitucional, é o que se pode chamar de uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade da vida humana: a saúde.

Enquanto princípio fundante de todo o sistema jurídico – a iniciar pelo constitucional -, tem-se que a vida humana digna espelha e se vincula ao ideário político, social e jurídico predominante no país, ao mesmo tempo em que, na condição de princípio fundamental, em face de sua característica de aderência, ele opera sobre os comportamentos estatais ou particulares de forma cogente e necessária. Por tais razões pode se sustentar que: (a) todas as normas do sistema jurídico devem ser interpretadas no sentido mais concordante com este princípio; (b) as normas de direito ordinárias desconformes à constituição e seus princípios fundacionais (dentre os quais destaco o sob comento), não são válidas.(Hesse, 1991, p. 39)

Justifica-se tal postura em face de que a saúde como condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, em verdade, passa a constituir o que se chama de *indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial*(Leal, 2005), porque se afigura como uma das condições indispensáveis à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Na verdade, estes postulados estão dispersos ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão vinculados a estes indicadores norteadores da República, eis que eles vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

Se isto é verdade, quer-se sustentar que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.

Isto leva a crer na existência daquilo que se pode denominar políticas públicas constitucionais vinculantes, aqui entendidas como aquelas ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais e à comunidade como um todo como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, haja vista os níveis compartilhados de responsabilidades entre as entidades federativas brasileiras e a cidadania envolvendo a



matéria. Considerando ainda crer, no particular, não existirem normas constitucionais despossuídas de concreção no sistema jurídico pátrio (Streck, 2004), resulta claro que a responsabilidade de que se fala é, diferenciadamente, pró-ativa em face daqueles que têm tal responsabilidade, merecendo imediata implementação.

De outro lado, as ações públicas voltadas à densificação material deste direito de todos (saúde) integram um sistema único em todo o país (art.198, CF/88), financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes.

No âmbito do dever público para alcançar os meios necessários à preservação da saúde, o que se tem de ter em conta, a uma, são os critérios utilizados para determinar quem efetivamente necessita do auxílio do Estado para prover suas demandas a este título e quem não precisa, o que de plano se sabe não existir ao menos em *numerus clausulus*, porque impossível a matematização desta questão em face de sua natureza complexa e mutável. A duas, quem é responsável por tal mister. Assim é que cada caso envolvendo prestação de saúde pública submetido ao Estado é merecedor de uma apreciação e ponderação em face de, no mínimo, duas variáveis necessárias: (a) a variável normativa-constitucional e infraconstitucional, enquanto direito fundamental assegurado à sociedade brasileira; (b) a variável responsabilidade institucional e familiar dispostas na estrutura normativa constitucional e infraconstitucional brasileira.

Daí porque aferir, primeiro, a natureza axiológico-constitucional do mandamento normativo sob comento, tendo ciência que ele se dirige a toda a comunidade, e não uma parcela dela (os mais doentes, ou somente aqueles que possuem enfermidades letais, ou somente os que necessitam de farmacológicos curativos, etc.). Em segundo, de que forma o sistema jurídico atribui responsabilidades envolvendo esta matéria.

Significa dizer que, quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, mister é que se visualize a demanda social e universal existente, não somente a contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente aqueles que acorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de recursos para fazê-lo.

Se a Administração Pública não construiu critérios razoáveis e ponderados para escalonar minimamente o atendimento cada vez mais massivo de perquirições envolvendo o

oferecimento de medicamentos, internações hospitalares, tratamentos médico-ambulatoriais e cirurgias à população carente, então isto deverá ser feito na esfera da judicialização do debate, ao menos naqueles casos em que a periclitación da vida é tal que se impõe esta intervenção, pois, caso contrário, a satisfação de um problema imediato poderá inviabilizar centenas de outros tão importantes e legítimos quanto este, haja vista que os recursos financeiros e materiais para tanto, é inexorável, são finitos – e ainda sem falar dos demais responsáveis por tal mister.

Para tal raciocínio, utiliza-se aqui o que Konrad Hesse chama de princípio da concordância prática ou da harmonização, o qual impõe ao intérprete do sistema jurídico que os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto (Hesse, 2011, p. 119). Tal princípio parte exatamente da noção de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais; destarte, o resultado do ato interpretativo não pode ser o sacrifício total de uns em detrimento dos outros. Deve-se, na interpretação, procurar uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionalmente tutelados.

Numa perspectiva integrada do sistema jurídico, pode-se dizer ainda com Hesse, que na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prioridade às interpretações ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política, porquanto essas são as finalidades precípuas da Constituição.

A partir de tais considerações é que a matéria vertente precisa ser enfrentada, ponderando os bens jurídicos que estão em jogo e que demandam abordagem à solução do caso: o bem jurídico vida do cidadão, envolvendo a moléstia de que está acoimado, correlato ao dever do Estado e da família para com a saúde pública; o bem jurídico saúde pública de toda a Sociedade para com quem este mesmo Estado possui o dever de tutela.

Há que se estabelecer, aqui, um juízo de ponderação destes bens, valores, interesses e competências, para se chegar a alguma conclusão. Para tanto, pretendo me valer de critérios constitucionalmente consagrados para a delimitação dos índices de fundamentalidade desses direitos, a saber, os que densificam o princípio da proporcionalidade dentre eles.

Na dicção de Robert Alexy, o *princípio da proporcionalidade* desdobra-se em três aspectos fundamentais: a) *adequação*; b) *necessidade* (ou *exigibilidade*); c) *proporcionalidade em sentido estrito*. A *adequação* significa que o intérprete deve identificar o meio adequado para a consecução dos objetivos pretendidos. A *necessidade* (ou

exigibilidade) significa que o meio escolhido não deve exceder os limites indispensáveis à conservação dos fins desejados. A *proporcionalidade em sentido estrito* significa que o meio escolhido, no caso específico, deve se mostrar como o mais vantajoso para a promoção do conjunto de valores, bens e interesses em jogo (Alexy, 2000, p. 126).

A partir de tais elementos de interpretação dos possíveis sentidos e significados do direito à saúde no Brasil, mister é que se perquirira se efetivamente é o Estado o único garantidor/concretizante destas prerrogativas.

É preciso, para tanto, chamar à colação aqui a Teoria da Constituição, para que se possa compreender, por óbvio que a partir de uma eleita matriz teórica fundante, o que implica reconhecer o Direito à Saúde como direito fundamental no sistema jurídico brasileiro. Neste ponto quero afirmar, com Alexy, que tal direito se apresenta com posição de tal modo importante que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada à simples maioria parlamentar contingencial (Alexy, 2000, p. 406). Ademais disto, afigura-se também como uma *posição jurídico-prestacional*, já que envolve ações concretas para viabilizar o acesso e a concretização de seus comandos normativos.

Todavia, na dicção de Canotilho (2004, p. 58), é preciso sobre tais direitos nos dar conta de que:

*Acresce que o facto de se reconhecer um direito à vida como direito positivo a prestações existenciais mínimas, tendo como destinatário os poderes públicos, não significa impor como o Estado deve, prima facie, densificar este direito. Diferente do que acontece no direito à vida na sua dimensão negativa – não matar -, e na sua dimensão positiva – impedir de matar -, aqui, na segunda dimensão, positiva, existe um relativo espaço de discricionariedade do legislador (dos poderes públicos) quanto à escolha do meio (ou meios) para tornar efectivo o direito à vida na sua dimensão existencial mínima.*

Adverte o autor português, com acerto, que aquele espaço de discricionariedade não é, todavia, total, haja vista que existem *determinantes constitucionais heterônomas* que estão a vincular os poderes instituídos (como a dignidade da vida humana, por exemplo).

De qualquer sorte, o Direito à Saúde, enquanto direito fundamental constitucionalizado, dever do Estado, em primeiro plano, que é a todos garantido, configura-se como verdadeiro direito subjetivo, outorgando fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não tem obrigatoriedade como resultado de uma decisão individual. Diz-se direito subjetivo *prima facie* pelo fato de que, conforme ainda Canotilho, não é possível resolvê-lo em termos de tudo ou nada (Sarlet, 2007, p. 134), e também pelo fato de

constituírem, numa certa medida e na dicção de Dworkin (1989, p. 162), direitos abstratos, isto porque representam:

*Finalidades políticas generales cuyo enunciado no indica de qué manera se ha de comparar el peso de esa finalidad general con el de otras finalidades políticas, en determinadas circunstancias, o qué compromisos se han de establecer entre ellas. Los grandes derechos de la retórica política son abstractos en este sentido. Los políticos hablan de derecho a la libertad de expresión, a la dignidad o a la igualdad, sin dar a entender que tales derechos sean absolutos, y sin aludir tampoco a su incidencia sobre determinadas situaciones sociales complejas.*

E por que não se pode resolver tal matéria em termos de tudo ou nada? Pelo fato de que ela envolve outro universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc. Todos estes condicionantes, por sua vez, encontram-se dispersos em diferentes atores institucionais, com competências e autonomias reguladas também pela Constituição.

Decorre daqui a tese de que a garantia de um padrão mínimo de segurança social não pode afetar de forma substancial outros princípios ou interesses constitucionais igualmente relevantes, assim que, somente quando a garantia material do padrão mínimo em direito social (previamente delimitada como prioritária em termos de sociedade) estiver efetivamente sendo ameaçada no caso concreto, é que se poderá levar a cabo uma necessária ponderação de interesses em face da potencial restrição de bens jurídicos – fundamentais ou não – colidentes com tais demandas ou pretensões. Caso contrário, dever-se-á buscar a plena integração mantenedora da incolumidade normativa e concretização de todos os bens jurídicos tuteladas pelo sistema jurídico. (Sarlet, 2007, p. 131)

Ocorre que, como referiu o Superior Tribunal de Justiça no Brasil, a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, *de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.* (DJ, 04.06.2007, p. 134)

Vale aqui a advertência de Mario Jori, no sentido de que *qui il problema non è solamente la mancanza di una sufficiente specificazione legislativa o la mancanza della*

*norma che istituisca il tribunale competente, visto correttamente dalla teoria di Ferrajoli come la presenza di una lacuna giuridica, ma la mancanza di strutture materiali e organizzative che possano implementare il diritto.* (Jori, 2008, p. 80)

É por esta razão que doutrinadores como Ingo Sarlet são incisivos ao afirmar que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a questão da limitação dos recursos constitui certo limite fático à efetivação desses direitos. De outro lado, o Estado também deve ter a capacidade de dispor destes recursos para o cumprimento daqueles direitos. (Sarlet, 2007, p. 303)

O problema é que, historicamente, no Brasil, até em face das particularidades de exclusão social, miserabilidade e fragilização de sua cidadania, o Estado fora chamando para si, de forma concentrada, um universo de atribuições com caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo ações públicas de sobrevivência social no âmbito notadamente da saúde, com poucas políticas preventivas, educativas e de co-gestão com a sociedade dos desafios daqui decorrentes, induzindo a comunidade a uma postura letárgica e de simples consumidora do que lhe era graciosamente presenteado, sem nenhuma reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas pelas quais passava e ainda vive.

O cenário hoje é, todavia, diferente, a uma, pelos níveis de inclusão social construídos no país nos últimos 15 (quinze) anos, propiciando cenários materiais e formais de maior participação da cidadania na gestão de seu cotidiano; a duas, em face do processo descentralizador da governança institucional que nestes últimos tempos vem ocorrendo, ensejando a abertura gradativa dos poderes instituídos e da administração pública dos interesses coletivos. (Leal, 2007)

Mesmo em tal quadro, a relação Estado x Sociedade é ainda marcada significativamente por graus de dependência hierárquica e alienada da segunda para com o primeiro, provocando o que Canotilho chama de *introversão estatal da socialidade*, ou seja:

*1. os direitos sociais implicam o dever de o Estado fornecer as prestações correlativas ao objeto destes direitos; 2. os direitos sociais postulam esquemas de unilateralidade, sendo que o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos; 3. os direitos sociais eliminam a reciprocidade, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve na burocracia prestacional a visibilidade dos actores e a eventual reciprocidade da troca.* (Canotilho, 2007, p. 102)

Sustenta o autor que é tempo já de se descobrir os contornos da reciprocidade

concreta e do balanceamento dos direitos sociais, até porque tais direitos envolvem patrimônio de todos quando de sua operacionalidade e concreção, e já que a todos são dirigidos tais prerrogativas, deve-se perquirir sobre a quota parte de cada um neste mister, sob pena de constituirmos o que o jurista lusitano denomina de uma *aproximação absolutista ao significado jurídico dos direitos sociais*, ou seja, confiar na simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, através de procedimentos hermenêuticos, deduzir a afetividade dos mesmos direitos, produzindo resultados pouco razoáveis e racionais.

Quero dizer que é preciso levar em conta que todo e qualquer exercício de direito social como a saúde, em tese, custa dinheiro – e não é pouco em nenhuma parte do mundo. Assim é que Peter Häberle, na primeira metade da década de 1970, já formulava a idéia da reserva das caixas financeiras para o atendimento de direitos sociais prestacionais, para exatamente evidenciar o fato de que estes direitos estão também vinculados às reservas financeiras do Estado, na medida em que devessem ser custeados pelo Erário. (Haberle, 2005)

Com base neste raciocínio que o Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada em Recurso Extraordinário (RO-566.471-6 -RN), relativo ao fornecimento de medicamento de alto custo a paciente do Estado do Rio Grande do Norte, às expensas daquele Estado, questionando se a situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco “a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença, razão pela qual destacava a necessidade do pronunciamento do Supremo em relação aos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198 da Constituição Federal, revelando o alcance do texto constitucional.

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

Não se afigura simples, pois, trazer-se à colação argumentos do tipo *princípio da não reversibilidade das prestações sociais*, ou o *princípio da proibição da evolução reacionária*, como fórmulas retóricas e mágicas para poder garantir, a qualquer preço – que nem se sabe o qual -, tudo o que for postulado por segmentos da comunidade (indivíduos) em termos de saúde, pelo simples fato de que o Estado está obrigado a tanto, isto porque *o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a*

*insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.* (Canotilho, 2007, p.433)

É verdade que este estado de coisas tem como um dos fundamentos o fato de que o catálogo de direitos econômicos, sociais, e culturais, forjado nos dois pós-guerras do século XX, compromissados com a reconstrução do próprio tecido social, elevou à máxima exaustão as expectativas de poder e ação dos poderes instituídos em prol de tais demandas, acreditando que poderiam dar concreção a tudo isto sozinhos, causando o que Arthur chama de vitimização do Estado por seu próprio sucesso. (Arthur, 1989, p.118)

De qualquer sorte, a saúde pública no Brasil é constitucionalmente prevista no art. 196, da Carta Magna, que a define como “um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A conceituação mais ampla da saúde, ou mais fidedigna com o que se espera de saúde em termos de dignidade humana, proporciona embasamento necessário para a luta de sua efetivação como direito fundamental.

Aceitar a saúde como substantivo que vai além da descrição do estado de ausência de doença, mas que compreende bem-estar em sua forma mais ampla, impõe ao Estado uma responsabilidade ainda maior do que uma análise mais singela poderia trazer com a leitura do texto constitucional.

Diante das breves considerações conceituais sobre a saúde, cumpre então analisar a situação de efetivação do direito à saúde no Brasil.

### **3. Breve panorama do Direito à Saúde no Brasil**

A concepção hoje existente do que é direito à saúde sofre influências desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, quando foi concebido como um direito humano universal, que deveria ser recepcionado no ordenamento de todas as nações.

Fora citado, no entanto, já em 1947, quando, no Código de Nuremberg (1947), visou-se proteger a saúde nas situações de experimentações científicas. Naquela ocasião, firmou-se que o paciente precisaria saber dos riscos aos quais sua saúde estaria sendo exposta antes de se submeter à experiência.

Além desses, o Brasil ratificou diversos compromissos em documentos internacionais que contribuíram na construção do direito à saúde: Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966; Convenção Internacional

sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial, 1968; Declaração de Alma-Ata, 1978; Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, 1979; Convenção contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, 1984; Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, 1985; Carta de Montes Claros, 1985; Declaração de Adelaide, 1988; Convenção sobre os direitos da criança, 1989; Declaração de Caracas, 1990; Declaração de Innocenti, 1990; Declaração de Lisboa sobre a ética da urgência médica, 1990; Declaração de Sundsvall, 1991; Declaração de Santafé de Bogotá, 1992; Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, 1994; Carta de Ottawa, 1996; Declaração de Jacarta, 1997; Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos, 1997; Carta do Rio de Janeiro, 1999; Carta de Salvador, 2000; Pacto Nacional: Um mundo pela Criança e o Adolescente do semi-árido, 2000; Declaração do México, 2000; Declaração da cúpula do milênio das nações unidas, 2000. (Lemos, 2012, p. 50)

A evolução do direito à saúde, através da evolução da Constituição e ratificação de compromissos internacionais, leva à necessidade de obrigações negativas e positivas por parte do Estado. Como direito positivo, impõe que haja obrigações estatais de não prejudicar a saúde e não negligenciar o atendimento aos cidadãos, visando a proteção à saúde em sua forma mais ampla.

Feitas as considerações supra, importante a análise dos modos de efetivação do direito à saúde.

#### **4. Meios de efetivação do direito à saúde: Judicialização e ativismo judicial**

A judicialização é definida por Barroso como o fenômeno que permite que questões de grande repercussão política ou social sejam decididas por órgãos do Poder Judiciário ao invés das vias tradicionais. Ocorre aí a transferência do poder oriunda do Executivo para o Poder Judiciário, o que gera profunda alteração na interpretação, argumentação e participação social quanto aos temas. (2012, p. 03)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a magistratura viu-se fortalecida e tornou-se um poder político apto a impor as leis e a Constituição. Segundo o autor, A revitalização da cidadania, que qualificou o incentivo à informação e consciência de direitos aos populares, fez com que aumentassem as demandas aos juízes e tribunais. (2012, p. 03)

Outra causa compreendia pelo referido autor para intensificação da judicialização foi o aumento da abrangência da Constituição Federal, que incorporou o tratamento de matérias que antes eram destinadas para o processo político majoritário e legislação infraconstitucional.



É perceptível pela definição trabalhada pelo autor, bem como pelas causas que estabelece para a judicialização, que a compreende como uma decorrência da vontade do constituinte, e não do judiciário. Nota-se claramente na obra de Barroso que suas inferências ao tema consideram a Constituição de 1988 e suas alterações que estabeleceram maior influência do Judiciário na sociedade brasileira como causas para a judicialização.

Para Barroso (2012, p. 06), o ativismo judicial relaciona-se a uma ideia de atuação do judiciário “mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Caracteriza-se então por promover a aplicação direta da Constituição em casos que não previam expressamente essa interpretação, bem como também pela declaração de inconstitucionalidade de “atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição. Por fim, caracteriza também o ativismo judicial pela imposição de atuação ou abstenção do Poder Público em matérias de políticas públicas.

Sobre o termo “ativismo judicial”, sabe-se que é utilizado de forma bastante diversificada na academia. Strapazzon, Goldschmidt (2013, p. 584), destaca diversas formas distintas que a referida expressão tem sido utilizada em obras científicas.

Segundo Leal (p. 13, 2010), a expressão “ativismo judicial” ganhou força nos Estados Unidos em 1947, quando foram analisados casos julgados por 9 membros da Suprema Corte norte-americana.

Seguindo o escopo da análise do termo sob o ponto de vista do direito norte-americano, cumpre relacionar algumas formas de conceituação que Strapazzon, Goldschmidt (2013, p. 585) colaciona.

Para o autor, e de forma bastante sucinta, o termo ativismo tem sido utilizado na doutrina norte-americana de forma relacionada a decisões judiciais que anulam escolhas legislativas ou administrativas, quando juízes anulam decisões discricionárias dos demais poderes; a decisões judiciais que não observam os precedentes jurisprudenciais; em decisões que tem efeito de norma geral, ou seja, decisões que geram efeitos *erga omnes*; a decisões que não seguem os cânones da interpretação jurídica; que aplicam a lei, mas visando objetivos distintos para os quais ela fora criada; e por fim, decisões que revelam a arbitrariedade judicial, tentativa do judiciário de impor sua interpretação a despeito da história constitucional construída no Estado, conceituação essa constante na obra de Ronald Dworkin.

Ensina Strapazzon, Goldschmidt (2013, p. 587) que a utilização do termo ativismo judicial não pode indicar atitude de natureza arbitrária, e seu uso nesse sentido provoca

profunda perda de qualidade conceitual, tratando-se de “falta de responsabilidade teórica”.

Inevitável concluir que aquilo que alguns autores denominam como “judicialização” aproxima-se em muito de variável do conceito de “ativismo judicial” utilizada em obras na área jurídica.

A discussão da efetividade do direito à saúde recai também sobre a possibilidade de ser visto como um direito individual, e não somente como um direito social.

### **5. Direito Fundamental à saúde como um direito individual**

A previsão do direito à saúde no art. 6º da Constituição Federal caracteriza-o como um direito destinado a toda a coletividade, vez que alocado no rol de direitos sociais.

Essa visão é corroborada pelo art. 196 da Constituição, vez que enfatiza as políticas sociais e econômicas que visam a prevenção de riscos de doenças, promoção, proteção e recuperação da saúde.

Entretanto, compreender o direito à saúde dessa maneira é insuficiente, pois é um assunto que envolve cada indivíduo pertencente à sociedade.

Ignorar esse fato seria compreender a questão da saúde como um dado estatístico, deixando de lado toda a manifestação de problema que ocorre de forma individualizada, como se os problemas relacionados à saúde fossem comuns a todos e não se dessem de maneira profundamente particular.

Nesse contexto, ensina Sarlet (2011, p. 141):

*O que satisfaz o mínimo existencial guarda relação com necessidades físicas e psíquicas que, embora comuns às pessoas em geral, não podem levar a uma padronização excludente, pois o que o direito à saúde assegura – mesmo no campo dos assim designados direitos derivados a prestações, não é necessariamente o direito ao tratamento limitado a determinado medicamento ou procedimento previamente eleito por essa mesma política, mas sim, o direito ao tratamento para a doença.*

Por essa razão, o direito à saúde deve ser compreendido, além de um direito social, também como direito individual, pois cabe ao particular cobrar do Estado satisfação para cuidados quanto à sua saúde.

Natural, portanto, que, quando não satisfeito o atendimento de promoção à saúde por parte do Estado a um indivíduo, esse possa buscar satisfação com a judicialização da demanda negada pela via administrativa.

Mendes (2011, p. 709), explica que tem sido crescente a tendência dos tribunais na satisfação do atendimento à saúde pela via judicial, não excluindo disso o Supremo Tribunal Federal.

Scaff (2010, p. 29), reconhece que, quando urgente, é correto que o judiciário intervenha para salvar vidas ou resolver situações emergenciais, mesmo não sendo seu papel substituir o legislativo. Resta clara portanto a necessidade de se discutir a discricionariedade administrativa quando resta por ela afetada a individualidade do cidadão. Tendo sido prejudicada a saúde de um indivíduo, não há razão para que não seja discutida, judicialmente e de forma individual a situação daquele que possa vir a ser profundamente lesado pela decisão tomada.

Entendo o direito à saúde como também um direito individual, importante a análise do mesmo sob o prisma da Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls.

## **6. Políticas Públicas e participação complementar da iniciativa privada como concreção do direito fundamental à saúde**

Na lição de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 3), “as políticas públicas são categoria jurídica que se apresenta na medida em que buscam a concretização de direitos humanos e, em particular, direitos sociais.” Para a autora, a aplicabilidade das normas programáticas é a proibição de omissão dos Poderes Públicos na realização dos direitos sociais.

A Constituição Federal, em seu art. 196, torna forçosa a atenção do Estado em busca da efetividade da dignidade humana. A saúde, como direito necessário ao mínimo existencial, deve ser efetivada portanto pelo poder público.

Segundo Potyara Pereira (2000, p. 78), o poder público não deve medir esforços para que ocorram atendimentos médicos que façam eficazes a cura e o tratamento a quem necessite.

Segundo Streck, a atuação do Judiciário restrita ao zelo por procedimentos democráticos é pouco para a construção de um Estado Social no Brasil. (2006, p. 25)

Subordinar o papel do estado impede que os direitos humanos tomem uma concepção que veja a pessoa humana através de sua individualidade.

Cabe de forma apenas suplementar, conforme a lição de Ingo Sarlet (2013, p. 590), que ocorra a participação da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde, vez que, por ser um direito subjetivo de todos, cabe ao estado efetivá-lo.

O princípio da livre iniciativa como argumento para que o particular faça uso da atividade econômica com o fim de concretizar a assistência à saúde tem amparo no art. 1º, inciso IV, da CF, que arrola os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República. No art. 170, o princípio da livre iniciativa é expresso como base da ordem econômica. (Siqueira, Fazzoli, p. 192, 2014)

O mesmo autor, no entanto, esclarece que mesmo sendo um elemento fundamental no Estado Social, o princípio da livre iniciativa caracteriza-se pela busca do lucro. Logo, fundamentar a prestação desse direito sob uma ótica de mercado, desnaturaria esse direito fundamental como tal.

Conclui o autor admitindo que a iniciativa privada pode prover a prestação à saúde, considerando que esta esteja intimamente ligada à autonomia da vontade do particular, ou seja, visando lucro, e por essa razão então devendo ser sopesada com a atuação do Estado no cumprimento desse direito fundamental. A atuação da iniciativa privada nesse meio representa o fracasso do Estado nesse intento e a decomposição da natureza jurídica desse direito. (2014, p. 196)

### **7. Participação familiar na concretização do direito fundamental à saúde**

Na lição de Leal, (p. 190), a vida do ser humano e as mazelas que possam afetá-la, no caso, a saúde, envolvem o dever de tutela do Estado e da família.

Exemplifica o referido autor que a Constituição Federal, em seu art. 227, estabelece como dever da família assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à alimentação, entre outros.

Ensina também Gesta Leal que, mesmo no âmbito infraconstitucional, há lei que estabeleça dever da família quanto à proteção desse direito, a exemplo do art. 244 do Código Penal, que visa punir aquele que, sem justa causa, deixar de prover subsistência a cônjuge, filho menor, ascendente inválido ou idoso, sem justa causa, quando gravemente enfermo.

Segue Leal explicando que, mesmo na desconstituição de famílias, há previsão legal para que o cônjuge causador da separação preste ao outro pensão a ser fixada pelo juízo, na proporção de seus recursos. Explica que o direito a alimentos consiste também a subsistência no que for necessário.

Estabelece a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, em seu art. 241, o que segue:

Art. 241 – A saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação.

Parágrafo único – O dever do Estado, garantido por adequada política social e econômica, não exclui o do indivíduo, da família e de instituições e empresas que produzam riscos ou danos à saúde do indivíduo ou da coletividade.

Utiliza então Leal esses argumentos para consolidar a ideia de que tais dispositivos legais devam ser interpretados com base na solidariedade, resultante na responsabilidade da família e do Estado.

Gesta Leal considera que não há como resolver a referida matéria, no tocante à atuação do Estado no atendimento do direito à saúde, em termos de “tudo ou nada”. Isso porque, em seus dizeres, há diferentes atores institucionais, com autonomias e competências reguladas pela Constituição, que condicionam a disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas, planos plurianuais e diretrizes orçamentárias.

Nesse sentido, Ingo Sarlet (p. 371), como já dito, reafirma a necessidade de que haja limite na atuação do Estado em sua disposição sobre o objeto das prestações reconhecidas como direitos fundamentais sociais, diante da limitação de recursos existente.

Segundo Canotilho (p. 102), a mediação estatal dissolve na burocracia de prestação de direitos fundamentais sociais a reciprocidade que poderia existir, mantendo de forma unilateral o Estado pagando prestações a alguns cidadãos.

Canotilho e Gesta concordam que o balanceamento dos direitos sociais traria maior reciprocidade na relação entre Estado e cidadãos, o que seria adequado, vez que é sabido que tais direitos envolvem o patrimônio de todos e não só daqueles que recebem a prestação.

Os custos com a saúde são altíssimos e interpretar a prestação dos referidos direitos como um dever unilateral do Estado seria arriscado.

Esse entendimento é então utilizado como fundamento na obra de Gesta Leal para que se viabilize a prestação familiar solidariamente às obrigações estatais.

No mesmo sentido do que sustenta Leal, Piovesan (2003, p. 252) afirma que é insuficiente, sob a ótica dos Direitos Fundamentais, tratar o indivíduo, sujeito de direito, de forma genérica e abstrata, vez que é imperioso considerar suas particularidades e peculiaridades, para que a ele seja oferecido tratamento específico e diferenciado de acordo com suas necessidades e direitos. As condições sociais devem então ser consideradas na aplicação e efetivação dos Direitos Fundamentais.

Ensina Leal que a aplicação desse entendimento na via judicial deve ocorrer por via simétrica, considerando sempre as especificidades e urgência envolvidas na matéria, considerando a matéria probatória que envolva obrigações alimentares, carecendo da demonstração da necessidade do enfermo e da possibilidade de contribuição por parte de seus familiares. Fundamenta Leal também o seu entendimento no disposto no Código Civil nos artigos 1.696 e 1.697.

## **8. Considerações finais**

Fundamenta-se a negativa de atendimento total à saúde pela escassez de recurso do Estado, que impõe a criação de critérios que definem os indivíduos que terão ou não o atendimento.

A criação de critérios, friamente analisando, estabelece quem morre e quem vive, quem vive bem e quem continua vivendo mal.

Coerente tal posição diante da certeza de inexistência de recursos suficientes para o atendimento de todos. Entretanto, há fortes indícios de que o Estado negligencia a saúde e promove gastos onde valores empregados promovem o gozo e desenvolvimento de direitos ou benesses que não têm o mesmo valor abstrato que a saúde.

Entretanto, faz-se necessário nesse aspecto compreender se realmente os recursos estão sendo utilizados da melhor forma possível, antes de se negar o acesso à saúde a um indivíduo que necessite da prestação desse direito.

O entendimento de que deve haver uma reciprocidade para que se atenuem a unilateralidade da prestação do direito à saúde pelo Estado se mostra razoável. Tendo considerado que o direito à saúde, para ser efetivado, envolve um patrimônio relevante e afeta a todos os cidadãos por meio do Estado, leva a compreender alternativas que tragam também para a sociedade a obrigação.

A Constituição e a legislação infraconstitucional trazem parâmetros para que decisões judiciais sejam tomadas visando a análise caso a caso, estabelecendo a obrigação à família de custear tratamentos de saúde quando se vislumbra tal possibilidade.

## **9. Referências Bibliográficas**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. alemã. Ed. Malheiros. São Paulo, 2006.

ARTHUR, John. **The unfinished Constitution: philosophy and constitutional practice**. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1989, p.118

BARATA R.C.B. **A historicidade do conceito de causa: epidemiologia**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ABRASCO; 1985, p. 51

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. **Dimensões de Aplicação e Efetividade dos Direitos Humanos** In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - Desafios da Contemporaneidade do Direito: diversidade, complexidade e novas tecnologias, 19, 2010, Florianópolis. Anais... Florianópolis, 2010, p. 7120-7134.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2012. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 29.07.2015

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Organizado por Maria Paula Dallari

Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **As Conferências Nacionais de Saúde: Evolução e perspectivas.** / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. - Brasília: CONASS, 2009. 100p.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário.** A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, v. 5, p. 143.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.58.

CARVALHO, K.G. **Direito Constitucional Didático.** 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 76

CARVALHO, Ariane Cristina Dias. Saúde Pública no Brasil: Durante a Ditadura militar. Instituto Superior de Ciências Havana-Cuba. Disponível em: [http://medcubras.blogspot.com.br/2013/05/carta-dos-estudantes-de-medicina-em\\_3.html](http://medcubras.blogspot.com.br/2013/05/carta-dos-estudantes-de-medicina-em_3.html) .

Acesso em: 18.08.2015

**Código de Nuremberg.** Tribunal Internacional de Nuremberg – 1947. Trials of war criminal before the Nuremberg Military Tribunals. Control Council Law 1949.

**Declaração de Alma-Ata.** Conferência Internacional sobre os Cuidados de Saúde Primários. Cazaquistão, 1978. Disponível em: [www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/dec\\_alma-ata.htm](http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/dec_alma-ata.htm) . Acesso em 26.07.2015

**Declaração Universal dos Direitos Humanos,** ONU, 1948.

DWORKIN, Ronald. **Tomando los derechos en serio.** Barcelona: Ariel, 1989, p.162.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Fabris, 1991, pág.39.

JORI, Mario. **Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali.** In FERRAJOLI, Luigi. Diritti Fondamentali: un dibattito teorico. Roma: Laterza, 2008, p.80.

LEAL, Aurelino. **História constitucional do Brasil.** Ed.fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: Aspectos introdutórios.** Porto Alegre, 2010. Disponível em: [http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/pdf/impactos\\_economicos\\_sociais.pdf](http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/pdf/impactos_economicos_sociais.pdf) Acesso em 26.07.2015

LEAL, Rogério Gesta. **A Efetivação do Direito à Saúde – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades.** In Direitos Sociais e Políticas Públicas:desafios

contemporâneos. Vol.6. LEAL, Rogério Gesta & REIS, Jorge Renato dos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p.1525.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Sociedade e Administração Pública: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEMOS, Fábica de Castro. **Saúde como direito fundamental à vida: uma análise do direito à saúde e sua concepção atual na sociedade brasileira/ Fábica de Castro Lemos** – Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/8726> Acesso em: 28.07.2015

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Urá Lobato. **A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. UniCeub. Volume 5. Número Especial – 2015.

OLIVEIRA, Maria Helena Barros. OLIVEIRA, Luiz Sérgio Brandão. RIBEIRO, Fátima Sueli Neto. VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. **Análise comparativa dos dispositivos de saúde do trabalhador nas constituições es**

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas Subsídios à crítica dos mínimos sociais**. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 66

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PIOVESAN, Flávia. PIOVESAN, Flávia. **Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.252.

REBOLLO, Regina Abndrés. **Galeno de Pérgamo (129-200 d. C): A saúde da alma depende da saúde do corpo**. I Simpósio Internacional de Estudos Antigos. Parque Natural do Caraça (MG), 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Recurso Extraordinário n. 566.471-6, originário do Estado do Rio Grande do Norte. [Www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) Acessado em 03.04.2016

REsp 811608/RS; **Recurso Especial nº2006/0012352-8**. 1ª Turma, Relator Min. Luis Fux, julgado em 15/05/2007, publicado no DJ 04.06.2007 p. 314

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.



\_\_\_\_\_. **A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde.**

In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 117-147

SCAFF, Fernando Facury. **A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização.** In: Scaff, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

STRAPAZZON, Luiz Carlos; Goldschmidt, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político: Problema de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais.** Disponível em: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2359/2102> Acesso em: 31.07.2015

STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracy Realized.** New York: Verso, 1998.