

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

DIOGO OLIVEIRA MUNIZ CALDAS

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Zélia Luiza Pierdoná

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

Diogo Oliveira Muniz Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-855-4

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

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O artigo DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E OS RESPECTIVOS CUSTOS de Zélia Luiza Pierdoná e Verbena Duarte Brito de Carvalho tem por objetivo demonstrar que todo direito fundamental tem um custo público e que a exacerbada constitucionalização de direitos, muitas vezes feita de forma retórica, sem os deveres fundamentais correlatos, especialmente sem a previsão de seus respectivos custos, leva à realização deficiente dos direitos ou sua não realização.

O artigo O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: O DEVER DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, de Diogo Oliveira Muniz Caldas e Camila Rabelo de Matos Silva Arruda, traz a discussão sobre o direito à saúde como um desmembramento do direito à vida e as dificuldades encontradas pelo Estado para o cumprimento efetivo do Direito a vida, bem como o fornecimento de medicamentos para o cumprimento do mínimo existencial.

O artigo O IMPACTO DA TERCEIRIZAÇÃO DOS DOCENTES NO ENSINO SUPERIOR SOB O ASPECTO DA QUALIDADE DO TRABALHO PEDAGÓGICO de Franceli Bianquin Grigoletto Papalia, busca investigar o impacto da terceirização da docência no ensino superior frente à qualidade do trabalho pedagógico a ser desenvolvido por estes profissionais. A temática da pesquisa é referente aos reflexos que poderão ocorrer no trabalho pedagógico de professores de ensino superior através da terceirização do setor.

O artigo POLÍTICA NACIONAL DE DEFESA E ESTRATÉGIA NACIONAL DE DEFESA: MARCOS REGULATÓRIOS INDUTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SEGURANÇA DA AMAZÔNIA de Randal Magnani e Warley Freitas De Lima, tem por finalidade demonstrar a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas para a segurança da Amazônia, partindo da análise da Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional de Defesa, documentos de referência para o assunto.

O artigo 13 ANOS DA LEI MARIA DA PENHA: INTER-RELAÇÕES ESSENCIAIS ENTRE DIREITO A UMA VIDA SEM VIOLÊNCIA E A ASSISTÊNCIA SOCIAL de Camila Belinaso de Oliveira e Tiago Bruno Bruch tem como objetivo central a assistência social como essencial ao enfrentamento da violência contra a mulher. Analisa os dados oficiais relacionados à violência doméstica do Brasil e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340

/2006), com ênfase as medidas protetivas e os serviços disponíveis na rede socioassistencial para o atendimento das mulheres vítimas.

O artigo **CONVERSANDO COM HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: DA REGULAÇÃO À EMANCIPAÇÃO** de Juliana Lazzaretti Segat e Valmôr Scott Junior objetiva analisar aspectos regulatórios e emancipatórios dos grupos reflexivos de gênero para autores de violência doméstica.

O artigo **POLÍTICAS PÚBLICAS, INTERSECCIONALIDADE E DIREITO À SAÚDE REPRODUTIVA DA MULHER: O CASO ALYNE DA SILVA PIMENTEL TEIXEIRA VERSUS BRASIL** de Urá Lobato Martins tem como objeto de estudo o caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira versus Brasil, submetido ao Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW). Analisa as recomendações do CEDAW; as políticas públicas em prol do direito à saúde reprodutiva da mulher; a relação entre a vulnerabilidade decorrente do gênero, da raça e da classe social, segundo a perspectiva interseccional.

O artigo **PERSPECTIVAS DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À SAÚDE: CAMINHOS POSSÍVEIS** de Charlise Paula Colet Gimenez e Lígia Daiane Fink dos Santos tem como objetivo apresentar a Teoria da Legislação de Manuel Atienza como mecanismo de solução de conflitos sociais ao romper com o caráter simbólico da Lei na perspectiva do direito à saúde e da problemática da judicialização da saúde no Brasil.

O artigo **PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA 2030 NO BRASIL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS** de Tarsila Rorato Crusius e Mártin Perius Haeberlin busca compreender como a implementação da Agenda2030 no Brasil poderá contribuir para a concretização dos direitos humanos, concluindo ser necessária a incorporação de seus objetivos e metas nas estratégias e nos instrumentos de planejamento e orçamento da União e dos entes subnacionais.

O artigo **OBJEÇÕES À JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À MORADIA** de Marcelo Nunes Apolinário e Vanessa Aguiar Figueiredo tem como pressuposto analisar algumas das objeções à justiciabilidade do direito social à moradia, principalmente no que concerne a exigibilidade judicial.

O artigo **FORNECIMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO PARA DOENÇAS RARAS E ULTRARRARAS** de

Carlos Eduardo Malinowski e Thaís Dalla Corte trata das atuais diretivas do STF relacionadas à provisão pelo SUS de medicações não registradas para doenças raras e ultrarraras. Para tanto, aborda o direito à saúde, sua relativização e judicialização; elenca as normas empregadas pela ANVISA para o provimento de medicamentos; e apresenta as decisões do STF sobre o tema.

O artigo O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS DOENÇAS RARAS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DESTAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Victor Luna Vidal tem como escopo analisar a sindicabilidade judicial do direito à saúde no tocante aos pedidos de custeio pelo Estado de tratamentos para doenças raras. Adota-se como arcabouço teórico o Pós-Positivismo Jurídico, especialmente representado pelas contribuições de Dworkin (2002) e Alexy (2011).

O artigo DEVERES FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE DE PAGAR TRIBUTOS E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS de Elcias Oliveira da Silva e Jan Carlos Cerqueira Bezerra busca analisar deveres fundamentais de pagar tributos e seus reflexos sociais a partir de sua conformação na Constituição Federal e ordenamento jurídico pátrio.

O artigo O PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA: UM MODELO DE FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CALCADO NA GESTÃO DEMOCRÁTICA DE RECURSOS PÚBLICOS À NÍVEL LOCAL de Yasmin Sant'Ana Ferreira Alves de Castro analisa o esvaziamento da capacidade de investimento do estado, diante do comprometimento expressivo das despesas com educação para honrar a folha de pagamento de profissionais da pasta, demonstrando que apesar do elevado percentual de investimento em educação no País, a adoção de medidas vinculantes de receitas demonstra-se insuficiente para ver satisfeitas as demandas sociais locais imediatas.

O artigo DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: AGENDA 2030 E A EFETIVAÇÃO DO OBJETIVO FUNDAMENTAL DE ERRADICAÇÃO DA POBREZA NO BRASIL de Eva Cecília Trindade Siqueira e Carlos Augusto Alcântara Machado analisa as diretrizes utilizadas pelas Nações Unidas para erradicar a pobreza, objetivo fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Verifica as políticas públicas implementadas durante a consecução da Agenda do Milênio da Organização das Nações Unidas até 2015, os avanços decorrentes da iniciativa no contexto brasileiro, e os principais desafios a serem superados na Agenda 2030.

O artigo O PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ENVOLVENDO OS CONFLITOS INFRACIONAIS NO ESTADO DO PARÁ de Ruth Crestanello e Jolbe Andres pires mendes busca compreender de que forma a aplicação da justiça restaurativa enquanto solução alternativa, vem se configurando numa nova diretriz básica de aprimoramento de gestão criminal e na realização de um direito fundamental social por meio de políticas públicas de pacificação social e segurança pública.

O artigo O USO DE NUDGES EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DA SAÚDE de Juliana Diógenes Pinheiro e Andre Studart Leitao analisa em que medida os nudges e a arquitetura da escolha, delineados pela economia comportamental, podem ser utilizados pelo Estado por meio de políticas públicas, com o escopo de orientar as pessoas a tomarem decisões melhores no campo da saúde.

O artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE DAS AQUISIÇÕES EMERGENCIAIS REALIZADOS PELO MUNICÍPIO DE BELÉM PARA CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS de Mayara Bonna Cunha e Silva e Luma Cavaleiro de Macedo Scaff realiza pesquisa quantitativa no Mural de Licitações no ano de 2018 para verificar: os processos existentes e as despesas decorrentes.

O artigo FEDERALISMO E JUDICIALIZAÇÃO: O CASO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL de Marcio Aleandro Correia Teixeira e Larissa Diana Barros Soares trata sobre Federalismo, Direito à Saúde e Judicialização de Políticas Públicas. O trabalho consiste no entendimento do Sistema Único de Saúde, instituído pela Constituição de 1988, e funciona baseado em normas constitucionais, infraconstitucionais e infralegais. O fenômeno da judicialização, permite questionamentos acerca da intervenção do Judiciário na efetivação do direito à saúde.

O artigo A TRAJETÓRIA DAS POLÍTICAS DE ENSINO PROFISSIONAL NO BRASIL ENTRE A PRIMEIRA REPÚBLICA (REPÚBLICA VELHA) E A LDB 1996 de Paulo Roberto De Souza Junior faz uma reflexão inicial da trajetória das políticas públicas que embasaram a história da Educação Profissional até a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB de 1996. Analisa alguns aspectos anteriores as LDBs, bem como as forças políticas e as contradições sobre a educação profissional no Brasil.

O artigo A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: A EFETIVIDADE ILUSÓRIA DO DIREITO À SAÚDE de Norma Sueli Alves dos Santos Vidal tem por objetivo trazer reflexões sobre a interferência da judicialização das políticas

públicas de saúde com o enfrentamento da seguinte problemática: A judicialização é um instrumento eficaz para efetivação do direito à saúde?

O artigo DIREITO AO TRÂNSITO SEGURO E AS AÇÕES MUNDIAIS PARA O APRIMORAMENTO DA SEGURANÇA NO TRÂNSITO José Antonio Da Silva e Valter Foletto Santin trata da questão do direito ao trânsito seguro no Brasil, com milhares de mortos e de sequelados em acidente de trânsito, anualmente. A ONU aprovou um conjunto de ações para a redução do número de mortes no trânsito até 2020, estabelecendo o trânsito seguro como direito fundamental, com adesão do Brasil.

O artigo JUSTIÇA RESTAURATIVA NO MARANHÃO: UM CAMINHO PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI de Edith Maria Barbosa Ramos e Tereza Cristina Soares da Fonseca Carvalho busca discutir a Justiça Restaurativa no campo dos direitos fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei. Estuda a perspectiva restaurativa presente no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Apresenta a experiência da Justiça Penal de Adolescentes em São Luís/MA.

O artigo CONCEPÇÃO TEÓRICA, MARCOS LEGAIS, MEDIDAS ADMINISTRATIVAS E DESENHO INSTITUCIONAL DOS MUNICÍPIOS PARA INGRESSO NO SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (SUSP) de Laecio Noronha Xavier analisa a unificação política da Segurança Pública e da Defesa Social que adveio com a criação do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), conforme previsto nas leis nº 13.675/2018 e nº 13.756/2018, mantendo conexão com as leis no 11.530/2007 e nº 11.707/2008 que instituíram o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI).

O artigo LIMITAÇÕES PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O AUMENTO DA POBREZA NO BRASIL de Daisy Rafaela da Silva e José Marcos Miné Vanzella tem por objeto a análise da situação da prestação dos Direitos sociais no contexto da crise brasileira ante a escassez de recursos público e o agravamento da crise econômica e social.

O artigo A JUDICIALIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA AO PACIENTE DIABÉTICO NO ESTADO DO PARÁ: 10 ANOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0006454-87.2008.4.01.3900 de Andreza Casanova Vongrapp Santos analisa os efeitos da judicialização da assistência farmacêutica ao portador de Diabetes Mellitus no Estado do

Pará tendo como referência a Ação Civil Pública nº 0006454-87.2008.4.01.3900 e verifica como as políticas públicas destinadas aos diabéticos evoluíram no período de 2008, quando a ação foi interposta, até a presente data.

O artigo POLÍTICA NACIONAL PARA PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ANÁLISE DO PLANO NACIONAL (DECRETO Nº. 7.053/2009) E DA (IN) VISIBILIDADE DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA de Tatiane Campelo Da Silva Palhares analisa a condição de pessoas em situação de rua e os direitos fundamentais sob a ótica do direito constitucional. O trabalho objetiva refletir sobre a condição de pessoas em situação de rua a partir do mínimo existencial para o alcance dos direitos fundamentais.

Desejamos que as pesquisas aqui apresentadas contribuam para a reflexão sobre as políticas públicas de efetivação dos Direitos Sociais no nosso país.

Tenham uma boa leitura.

Diogo Oliveira Muniz Caldas - UVA / UNICARIOCA

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - FMU / FADI

Zélia Luiza Pierdoná – UPM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**PERSPECTIVAS DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE
CONFLITOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À SAÚDE:
CAMINHOS POSSÍVEIS**

**PERSPECTIVES OF THE LEGISLATION THEORY FOR THE CONFLICTS
RESOLUTION IN THE CONCRETIZATION OF THE HUMAN RIGHT TO
HEALTH: POSSIBLE ALTERNATIVES**

**Charlise Paula Colet Gimenez
Lígia Daiane Fink dos Santos**

Resumo

O presente artigo tem como tema direito à saúde e Teoria da Legislação. O objetivo do estudo é apresentar a Teoria da Legislação de Manuel Atienza como mecanismo de solução de conflitos sociais ao romper com o caráter simbólico da Lei na perspectiva do direito à saúde e da problemática da judicialização da saúde no Brasil. Para a realização da pesquisa, adota-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, e método de procedimento bibliográfico.

Palavras-chave: Direito à saúde, Teoria da legislação, Judicialização da saúde, Direitos humanos, Legislação simbólica

Abstract/Resumen/Résumé

This article has as its subject the right to health and Theory of Legislation. The objective of the study is to present Manuel Atienza 's Theory of Legislation as a mechanism for solving social conflicts by breaking with the symbolic character of the Law in the perspective of the right to health and the problem of health judicialization in Brazil. In order to realize its objective, it is adopted the hypothetical-deductive method of approach, and method of bibliographic procedure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Theory of legislation, Judicialization of health, Human rights, Symbolic legislation

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito à saúde no Brasil é dever do Estado, assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196. Tem-se, desse modo, há mais de 28 anos que o ordenamento jurídico brasileiro protege os Direitos Humanos que, por sua vez, integram a ordem jurídica internacional, sendo a saúde um direito relevante. O Estado brasileiro assegura a inviolabilidade do direito à vida, tendo no princípio da dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos, assim, todos os cidadãos têm direito à saúde.

Contudo, este direito ainda não se constitui de fato em acesso aos bens e serviços no âmbito do Sistema único de Saúde (SUS), pois para garantir o que preconizam as normas constitucionais, os cidadãos têm de recorrer ao Poder Judiciário, provocando a judicialização da saúde.

Destarte, sob o enfoque de proteger os princípios e garantias constitucionalmente assegurados, além de proteger o Estado e sua ordem econômica contra a judicialização “desmedida” é de se apontar que se faz necessário uma nova forma de “pensar” o Direito, como também as políticas públicas para, desse modo, assegurar os direitos e deveres entre Cidadãos e Estado em diferentes situações de conflito, uma vez que a decisão judicial influencia nas decisões coletivas tomadas pelo sistema político e, em alguns casos, não observa a Política de Assistência Farmacêutica, causando impactos no orçamento, interferindo nas ações dos poderes autônomos, como também diretamente na vida das pessoas.

Por isso, o presente texto tem por objetivo expor o porquê da judicialização e como atualmente são desenvolvidas as práticas legislativas – leis –, uma vez que em sua maioria têm apenas a finalidade de ser simbólica e acalmar as massas sociais. Portanto, se faz necessário (re)pensar as práticas legislativas, assim, é proposto a utilização da Teoria da Legislação de Manuel Atienza e seus níveis de racionalidade, os quais irão colaborar na elaboração das leis e na eficácia e efetivação da norma jurídica.

1 A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO BRASILEIRO

Os direitos fundamentais são frutos de conquistas históricas, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, surgindo de modo gradual, ao longo do tempo. Tais direitos estão elencados nos textos constitucionais dos países democráticos, como fiel contrato social que atribui aos Estados o

dever de planejar políticas públicas, sendo que a concreção desses direitos envolve uma série de medidas imperativas por parte do Estado. (BOBBIO, 2004).

A coexistência entre as formas de Estado de Direito e a efetivação do Estado Social exige uma postura regulatória por parte dos Estados. Compreender esta relação de participação, direitos e acessos é sem dúvida desafiadora e necessária para compreender os problemas implícitos que atingem a sociedade na contemporaneidade.

Bobbio faz uma interessante reflexão a respeito da difícil coexistência entre as formas do Estado de Direito e os conteúdos do Estado Social, cuja compreensão é importante para entender os problemas subjacentes ao desenvolvimento do Estado Contemporâneo:

Uma definição de Estado Contemporâneo envolve numerosos problemas derivados principalmente da dificuldade de analisar exaustivamente as múltiplas relações que se criaram entre o Estado e o complexo social e de captar, depois, os seus efeitos sobre a racionalidade interna do sistema político. Uma abordagem que se revela particularmente útil na investigação referente aos problemas subjacentes ao desenvolvimento do Estado contemporâneo é a da análise da difícil coexistência das formas do Estado de Direito com os conteúdos do Estado Social.

Os direitos fundamentais representam a tradicional tutela das liberdades burguesas: liberdade pessoal, política e econômica. Constituem um dique contra a intervenção do Estado. Pelo contrário, os direitos sociais representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. A forma do Estado oscila, assim, entre a liberdade e a participação (E. FORSTHOFF, 1973). [...] enquanto os direitos fundamentais representam a garantia do *status quo*, os direitos sociais, pelo contrário, são a priori imprevisíveis. (BOBBIO, 1998, p. 401).

No plano histórico, Bobbio sustenta que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos, relação esta que cada vez mais é vista como os direitos dos cidadãos não mais súditos, pois para que a sociedade seja compreendida é preciso entender e analisar os indivíduos que compõem a mesma. (BOBBIO, 2004).

Nesse sentido, Flávia Piovesan ao analisar o movimento de internacionalização dos direitos humanos, preceitua que:

O movimento de internacionalização dos direitos humanos deflagrou-se no Pós Guerra, em resposta às atrocidades cometidas ao longo do Nazismo. Se a Segunda Guerra significou a ruptura do valor dos direitos humanos, o Pós-guerra deveria significar sua reconstrução. (PIOVESAN, 2006 *apud* CARVALHO, 2007, p. 11).

Em 1948 houve a sistematização da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual foi adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, em que se elencaram os direitos relacionados à preservação da

vida e da dignidade, os quais pressupõem o acesso à saúde e sua promoção pelos Estados. Vários artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos trazem de forma explícita e implícita a preocupação com a preservação da vida, enquanto objetivo a ser perseguido pelos povos e nações. (PETERSEN, 2014).

A partir da Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU), verifica-se uma nova fase na história dos Direitos Humanos, caracterizada pela universalidade simultaneamente abstrata e concreta, através da positivação na seara internacional, dos direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos. (SARLET, 2015).

Todavia, ressalta-se que apesar de toda articulação internacional em prol da preservação dos sujeitos pelo Estado, a ideia de saúde pública transmitida pelos líderes políticos nacionais era que a saúde está relacionada diretamente com o desenvolvimento econômico do país. (PETERSEN, 2014).

O problema fundamental em relação aos direitos humanos hoje não é tanto o de comprová-los, mas de como preservá-los; assim, esta questão, de certa forma, não é filosófica, mas política. Nessa perspectiva, pode-se dizer que, não se trata de saber quais são esses direitos, uma vez que o fundamento já foi resolvido pela ONU, mas de como garanti-los, pois apesar de todas as declarações, estes direitos são continuamente violados e o ser humano não consegue muitas vezes efetivar tais garantias. (BOBBIO, 2004).

Os direitos fundamentais no âmbito de reconhecimento nas primeiras Constituições escritas são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do “pensamento liberal burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”. (SARLET, 2015, p. 46).

Os direitos fundamentais são direitos por meio do Estado, ou seja, através das políticas públicas o Estado garante os interesses coletivos e individuais, como expõe Andreas Krell:

[...] os Direitos Fundamentais Sociais não são Direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público, certas prestações materiais. São Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que os individuais. O Estado mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas sociais’(de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. (KRELL, 2002 p. 19-29 *apud* BAHIA, p. 4).

Nesse sentido, cabe preceituar o conceito de princípio. Para Ferraz Filho, princípio é uma norma, a qual expressa os valores mais altos da sociedade, de tal forma que, integrado na ordem constitucional, orienta e organiza as demais normas e regras do ordenamento jurídico que ela baliza. Os princípios são normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, possuindo um caráter de dever e obrigação, orientando a interpretação e a aplicação do Direito no sistema jurídico. (FERRAZ FILHO, 2012).

Assim, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio, essa se torna o eixo imprescindível dos direitos fundamentais. Contudo, apenas ao longo do século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão-somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948. (SARLET, 2012).

Nesse ínterim, fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado porque revela legítimo interesse internacional, eis que até a década de quarenta a construção dos direitos humanos cabia a cada Estado, porém, com o nascimento de regimes totalitários, como exemplo, do nazismo e fascismo, o mundo vivenciou a ruptura dos direitos humanos. (CARVALHO, 2007).

Assim, a internacionalização dos direitos humanos avivou-se no período Pós Guerra, onde os países coletivamente retomaram os trabalhos em prol dos direitos humanos, através das organizações internacionais, o que significou a reconstrução dos direitos humanos no cenário internacional (CARVALHO, 2007).

Para que esses direitos sejam consagrados, fazem-se necessários o desenvolvimento e estudo das normas para efetiva aplicação e efetividade destes, conforme expõe Piovesan:

Faz-se, assim, fundamental desenvolver o estudo da normatividade internacional dos direitos humanos, na medida em que consagra parâmetros mínimos a serem respeitados pelos Estados. Além disso, o aparato internacional conjuga-se com o Direito interno, ampliando, fortalecendo e aprimorando o sistema de proteção dos direitos humanos, sob o princípio da primazia da pessoa humana. Há que se combinar a sistemática nacional e internacional de proteção, à luz do princípio da dignidade humana. (PIOVESAN, 2015, n.p.).

Simultaneamente, no contexto gradativo do processo de democratização dos países e o processo de internacionalização dos direitos humanos, está o Brasil como novo Estado constitucional, em específico com a Constituição Federal de 1988, a qual ficou conhecida como constituição cidadã. (CARVALHO, 2007).

Para Bahia, a Constituição Federal brasileira de 1988 dedicou no artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de direito, sendo este de valor supremo, conforme preceitua:

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi fruto da luta contra o autoritarismo do regime militar, surgindo em um contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade no Estado Capitalista que se constituía. Elegeu a instituição do Estado Democrático, o qual se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, assim como o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social, e seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) – como valor supremo –, definindo-o como fundamento da República. (BAHIA, 2014, p. 2-3).

A dignidade da pessoa humana é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais, pois a dignidade direciona e orienta o que deve ser avaliado e considerado por quem interpreta as normas. Assim sendo, a dignidade é absoluta e plena, não podendo ser relativizada. (RIZZATTO, 2009).

O princípio da dignidade da pessoa humana elencado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 é considerado o valor fonte de todos os direitos fundamentais. Esse princípio norteador de toda a ordem política tem o intuito de reconhecer não apenas que a pessoa é sujeito de direitos e créditos diante dessa ordem, mas que é um ser individual e social ao mesmo tempo. (FERRAZ FILHO, 2012).

Para Sarlet, quando não são reconhecidos os direitos fundamentais à pessoa humana estar-se-á negando a própria dignidade, conforme expõe:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), muito embora – importa repisar- nem todos os direitos fundamentais (pelo menos não no que diz os direitos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988) tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade, o que nos remete à controvérsia em torno da afirmação de que ter dignidade equivale apenas a ter direitos (e/ou ser sujeito de direitos), pois mesmo em se admitindo que onde houver direitos fundamentais há dignidade, a relação primária entre dignidade e direitos, pelo menos o que sustenta a doutrina, consiste no fato de que as pessoas são titulares de direitos humanos em função de sua inerente dignidade. (SARLET, 2012, p. 101-102).

Nesse contexto, é direito do cidadão a obtenção de prestações positivas do Estado, as quais ultrapassam a mera discricionariedade administrativa. Ademais, os direitos sociais são delimitadores fundamentais nas decisões constitucionais e políticas. De tal maneira, tais direitos

visam à melhoria das condições de vida dos cidadãos tidos como hipossuficientes, no afã de atingir a tão sonhada igualdade social, o que, evidentemente, perpassa pela devida concretização do direito à saúde a que alude o texto constitucional brasileiro. (BAHIA, 2014).

Relacionando-se a saúde de modo direto à qualidade de vida, ela não pode ser conceituada de forma inerte, pois se inclui no contexto social, no qual o Estado tem o poder/dever de programar, com prestações positivas, ações que promovam a vida digna do cidadão, lhes proporcionando uma vida saudável. (BAHIA, 2014).

A história relata que as doenças sempre afligiram o homem, já na época bíblica, em que havia surtos de lepra, pestes e cólera. Na Idade Média, a peste negra dizimou cerca de vinte e cinco milhões de europeus, dentre vários outros episódios marcantes que ficaram registrados na história mundial. (CARVALHO, 2007).

O direito à saúde, até o nascimento do constitucionalismo moderno, por meio da Organização das Nações Unidas, esteve vinculado apenas à existência de doenças. As ações em saúde se davam apenas diante de uma moléstia grave, que afetava grande número de pessoas e, conseqüentemente, o meio econômico, tendo em vista a queda de produção em virtude de falecimentos e/ou afastamentos, onde eram pensadas e oferecidas algumas preocupações diante dos fatos que ali ocorriam. (CARVALHO, 2007).

Em 1946, o conceito de saúde foi ampliado pela Organização Mundial da Saúde, deixando de ser apenas curativa, mas preventiva, referindo que a “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”, velando a vida e conseqüentemente a democracia, a igualdade, o respeito, desenvolvimento dentre outros. “Assim, a boa qualidade de vida não está apenas vinculada a questões médicas, mas também a moradia, educação, meio ambiente, proteção da família, do trabalhador, morte digna, informação, não ter fome, assistência social, segurança e outros que venham a surgir, visto que não são taxativos, mas apenas enumerativos e progressivos”. (CARVALHO, 2007, p.17).

No Brasil, o movimento de consolidação do setor primário na saúde ganha velocidade a partir da década de 80, com o fechamento do ciclo de industrialização propiciado pelo projeto nacional desenvolvimentista que orientou a ação estatal desde os anos 30. (ELIAS, 2004). Mas apenas com a Constituição de 1988, os direitos fundamentais tiveram inovações de significativa importância. Afinal, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio a matéria foi tratada com seu devido valor, dada a extrema relevância destes direitos. (SARLET, 2015).

A CF/88, cujo artigo 1º consagra que a República Federativa Do Brasil, constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa

humana e corolário deste princípio é o direito à vida e o direito à saúde, os quais devem ser assegurados a todos os cidadãos em território nacional.

O Direito à saúde é direito fundamental e deve ser assegurado pelo Poder Público, conforme o que dispõe o artigo 196 da CF/88:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Para corroborar o artigo 196 da CF/88, sancionou-se a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual dispõe sobre as ações e serviços em saúde, e estabelece no *caput* do artigo 2º, § 1º e artigo 3º, § único o que segue:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Parágrafo 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864 de 2013)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (BRASIL, 1990).

Destarte, a saúde pública corresponde ao setor de interesse do Estado, pois se vincula a direito humano e é essencial a outros direitos humanos, como a vida, a dignidade, a igualdade e o desenvolvimento. No Brasil, a saúde é naturalmente pública, em razão de ser responsabilidade do Estado, podendo ser explorada pela iniciativa privada, todavia, sob regulamentação e fiscalização do ente estatal, em que pese, no Brasil, seja objeto de política pública (CARVALHO, 2007).

O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida elencados na CF/88 pressupõem que o direito à saúde é um direito fundamental e deve ser plenamente assegurado pelo poder público, em caso de omissão, deve ser compelido a proceder sua efetiva realização. Nesse viés, os cidadãos recorrem à prestação jurisdicional individual ou coletivamente, demandando do Estado o cumprimento do preceito constitucional, sendo que essas demandas podem resultar em um Poder Judiciário que decide politicamente sem a estrutura necessária

para atuar com a lógica, o ritmo e a prática política do sistema político, formulador e executor das políticas públicas. (OLIVEIRA, 2015).

Tais demandas estão cada vez mais exacerbadas o que convenciou ser chamado de judicialização da saúde. Conforme dispõe Oliveira que:

[...] decisões são fundamentadas no que relatam sobre a situação e a condição do indivíduo, decidindo por fornecimento de medicamentos, em alguns casos, sem observar a Política de Assistência Farmacêutica, causando impactos importantes no orçamento, uma vez que os recursos financeiros são previstos e definidos para um período de gestão; assim, as decisões judiciais acabam interferindo nas ações de poderes autônomos (CHIEFFI; BARATA, 2009). O judiciário tem tratado o direito à saúde como disputa entre Estado e indivíduo. (OLIVEIRA, 2015, p. 530).

Em estudo recentemente realizado, publicado na Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde concluiu que a judicialização da política de saúde em âmbito nacional tem maior ocorrência em quatro regiões do País, indicando o cidadão brasileiro como protagonista no exercício de sua cidadania, o qual abandona o *status* de cidadão de papel e assume o *status* de cidadão de direito, pleiteando do Estado o cumprimento de seu dever. (OLIVEIRA, 2015).

Ainda, foi divulgado na Revista que as maiores concentrações de demandas judiciais na saúde são no Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Pernambuco, além de ser constatado que a judicialização ocorre em todo território nacional e também está acontecendo em todo o mundo.

Dessa forma o sistema começa a apresentar sintomas graves de insustentabilidade, vítima do excesso de ambição da falta de critérios e de voluntarismos diversos, conforme aponta o atual Ministro do Superior Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso:

[...]. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade -, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional (BARROSO, 2009, p. 35).

Sem dúvida a normatividade das disposições constitucionais estabeleceu novos parâmetros para o Constitucionalismo, os quais são frutos de uma importante conquista no Brasil, sendo que o Poder Judiciário pode e deve intervir em determinadas situações,

envolvendo direitos sociais, em especial o direito à saúde. Todavia, essas intervenções possuem várias críticas, quanto ao ativismo judicial nesta matéria, como preceitua Barroso:

O art. 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através das decisões judiciais. A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do art. 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas. (...) Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao poder executivo, que possui uma visão global tanto dos discursos disponíveis, quanto das necessidades a serem supridas (...) Talvez a crítica mais frequente seja a financeira, formulada sob a denominação “*reserva do possível*”. As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que tem acesso qualificado à justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. (BARROSO, 2009, p. 45 e ss.).

Para Ana Paula Barcelos, o fato é que o jurista, e muito menos o juiz, dispõe de elementos ou condições para avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo, pois envolvendo-se com a solução de casos concretos – que poderia ser denominado *microjustiça* - o juiz fatalmente deixa de atender necessidades relevantes para o atendimento das demandas ilimitadas: a *macrojustiça*. “Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente consideradas”. (BARCELOS, 2006, p. 47 *apud* BARROSO).

Importante salientar no que tange à proteção dos direitos humanos, constitucionalmente assegurados que a judicialização é uma das formas mais demoradas, onerosas e lentas de resolução de conflitos, prejudicando muitas vezes os cidadãos e o Estado, os quais estão vulneráveis a interesses que visam potencializar lucros, muitas vezes por meio da prescrição irracional de fármacos e o estímulo à busca de tratamentos inovadores, não contemplados pelas políticas públicas.

O impacto dessas demandas judiciais proferidas pelo judiciário vem aumentando gradativamente, tornando-se exacerbada, como pode ser visto no exemplo com gastos em remédios abaixo:

De 2006 a 2010, o gasto do Ministério da Saúde com remédios via demanda judicial cresceu 1.611%. Saiu de R\$ 7,7 milhões para R\$ 132 milhões. No Paraná, o panorâmico é parecido: dos R\$ 61 milhões usados para adquirir medicamentos, 58% ou R\$ 35,7 milhões foram comprados por ordem de um juiz. (BOREKI, 2011, *apud*, RAMOS, CHAI, 2014).

À vista disso, sabe-se que o tema judicialização da saúde é tratado tanto nacionalmente, quanto mundialmente, conseqüentemente os países estão buscando alternativas para solucionar ou minimizar o grande problema da judicialização, por exemplo, na Espanha, a Mediação é adotada como alternativa ao processo judicial já é sistematizada e resulta na resolução extrajudicial dos conflitos decorrentes da prestação de serviços sanitários, proporcionando às partes a solução da controvérsia, sem imposição de uma decisão, evitando, assim, a possibilidade do conflito terminar no Poder Judiciário. (CAYÓN DE LAS CUEVAS, 2010, *apud* OLIVEIRA, 2015).

Destarte, analisando as insuficientes respostas do Poder Judiciário, na realização das práticas de cidadania, dos direitos fundamentais e de pacificação social, notável é que se faz necessária uma mudança nos mecanismos de resolução de conflitos, como também na produção das leis, haja vista a forma mecanizada dessa produção. Nesse viés no próximo tópico será abordada a legislação simbólica e a importância de uma teoria de legislação na elaboração das leis, obedecendo os níveis de racionalidade.

2 LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DE LEGISLAÇÃO PARA ELABORAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

A saúde na sociedade contemporânea é considerada como um bem de todos, um direito social inerente à manutenção da vida, contudo, o reconhecimento deste direito e sua eficácia tem sido discutidos nos dias atuais, pela sua (in)efetividade. Para isso, dedica-se o presente estudo à análise acerca da legislação simbólica, uma vez que a hipercomplexidade da sociedade determinou a superação da concepção que a única finalidade da lei é direcionar condutas e regular situações pelo legislador.

De acordo com Neves, foi atribuído ao direito positivo uma pluralidade de funções (harmonização social, redutor de tensões), passando o direito a exercer a função de “sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas”. É essa falta de consistência da função acessória da lei e da adesão de meios dinamizadores que a caracterizam como simbólica, conforme dispõe Neves: “a legislação simbólica pode ser definida como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”. (NEVES, 2007, p. 30).

Dessa forma, pode-se dizer que a legislação simbólica consiste na produção de textos de lei com cunho político em detrimento a efetiva concretização jurídica/normativa, impedindo de tal forma a solução legítima dos conflitos sociais. Na legislação simbólica, o legislador se restringe na produção de normas sem ter preocupação com seus pressupostos e a eficácia desta, pois possui como objetivo principal atender interesses meramente políticos.

Marcelo Neves, com fundamentos em Horald Kindermann apresenta um modelo tricotômico, classificando a legislação simbólica em três pontos: a) confirmadora de valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e, c) adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios.

No tocante à “confirmação de valores sociais”, Neves afirma que constantemente se exige do legislador, seu posicionamento acerca dos conflitos sociais e valores; os grupos que estão envolvidos e que compreendem os debates defendendo determinados valores têm a vitória legislativa como forma de reconhecimento de seu poder, sua superioridade, esses grupos não têm interesse na eficácia normativa da lei, mas somente em interesses que satisfaçam suas expectativas e confirmem seus valores. (HOMMERDING; LIRA, 2016).

Acerca de “demonstrar a capacidade de ação do Estado - fazendo os cidadãos confiar no seu governo - Neves baseado em (Kindermann), trata isso como “legislação-álibi”, ou seja, o legislador elabora as leis com o intuito de satisfazer as expectativas imediatas da população, sem, contudo, observar a efetividade prática e a possibilidade de concretização do direito contido na norma. Em outras palavras, esse tipo de função simbólica converge para o sentido de aliviar clamores populares e mostrar que o Estado está atento as reivindicações sociais. (NEVES, 1994).

A legislação simbólica, quanto ao conteúdo da “fórmula de compromisso dilatatório”, tem por função adiar a solução dos conflitos sociais por meio de compromissos que postergam a solução – dilatatórios, dessa forma, as divergências entre os grupos políticos não são resolvidas pelo ato legislativo. “É possível concluir que a fórmula de compromisso dilatatório abrande um conflito político interno por meio de uma lei que “aparentemente” é progressista, satisfazendo ambos os lados e transferindo a solução do conflito para um futuro indeterminado”, ou seja, apenas propõe soluções a ser implementadas a longo prazo, não tendo a lei aprovada nenhum significado seja na realidade jurídica ou na social.

Expostas as tipologias da Legislação simbólica, nota-se que esta problemática é muito complexa, uma vez que não se limita à questão da irrelevância social ou da ineficácia normativa nos textos legais, mas a interesses essencialmente políticos e não propriamente jurídicos. (NOGUEIRA; BATISTA, 2017).

O sistema jurídico brasileiro está atualmente marcado pela crescente judicialização da política como já referido no capítulo anterior, em especial a política da saúde, dessa forma ocorre a mudanças de tensões do Legislativo para o Judiciário, em especial nas questões da complexidade moderna – direitos fundamentais e judicialização da política – parecendo priorizar mais as teorias da decisão judicial do que a própria lei.

Conforme preceitua Hommerding, no âmbito da decisão judicial, não tem como assumir uma teoria cognitiva de interpretação das leis, pois o juiz não é a boca da lei, tampouco, superdotado de poderes para conseguir descobrir a vontade do legislador. (HOMMERDING, 2012).

Na contemporaneidade, com a crescente judicialização da política no Estado de Direito enunciado como neoconstitucional, ocasionou aumento na crise do direito, sendo caracterizada por uma crise de crescimento do direito, crescimento este que não foi acompanhado com uma adequada atenção na elaboração da legislação, pode-se dizer assim, que a teoria do direito atentou apenas na aplicação do Direito –satisfação dos cidadãos- não se preocupando com a questão da legislação.

Nesse contexto, lecionam Hommerding e Lyra que a característica essencial do Estado moderno é o protagonismo da lei, “que vem seriamente minado pelo lugar da crise da lei, culminando na perda de sua centralidade, papel que ocupava desde a instauração do Estado liberal, e representada em notas de caráter único, originário, supremo e incondicional. (HOMMERDING; LYRA, 2016).

Como demonstrado, na contemporaneidade parece imperativo atentar para a relação entre o direito e a moral, sob o prisma da Ciência da Legislação, visto que a Teoria do Direito priorizou até o momento apenas a aplicação do Direito como se pode citar o Direito à Saúde, previsto constitucionalmente, conforme preceitua Miranda:

Certamente, no início, a Carta teve eminente conteúdo simbólico por servir de instrumento da deliberada vontade das várias camadas que compunham a sociedade brasileira de assegurar a sua “fatia” de “segurança jurídica”, com a aposição de seus valores no texto recém editado, e de efetiva participação no processo democrático. Neste contexto, em um só momento, a Carta Magna serviu para confirmar valores sociais, reduzir as tensões advindas da modificação do regime (mesmo que tenha sido uma modificação “lenta e gradual”) e, finalmente, promessa de um futuro promissor. (MIRANDA, 2010, p. 230).

Neste sentido, com a mudança da política de saúde anterior, a reforma sanitária assegurou no texto constitucional a criação de um sistema universal e público de saúde, porém, a mera previsão não é suficiente para que todos os cidadãos usufruam dos bens e serviços

criados pela ordem constituinte. Se assim for considerado o tamanho do Brasil e suas regiões, para tanto vale citar Sarlet, que dispõe o que segue:

[...] justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto — em regra — prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica. (SARLET, 2007, p. 304).

O processo de elaboração de leis no Brasil não observa uma Teoria de Legislação quando na elaboração da norma jurídica, isso gera uma contínua fragilização epistêmica; uma vez que a atual produção legislativa decorre de políticas legislativas não atentando para uma teoria legislativa, para a Sociologia do Direito e para a Filosofia moral, tornando-se assim uma legislação simbólica, de cunho populista e/ou midiático. (HOMMERDING, 2016).

Dessa forma, abre-se uma lacuna para uma atividade jurisdicional interpretativa ativa, contudo, “a falta de observância a uma ciência da legislação na produção da norma gera uma violência simbólica no plano da aplicação do Direito, caracterizada pelo fato de que os juízes passam a ser considerados “o” próprio Direito”. (HOMMERDING; LYRA, 2016, p. 159).

Consoante afirma Hommerding, como já referido, no âmbito da decisão judicial, não há como assumir uma teoria cognitiva de interpretação das leis, pois o juiz não é a boca da lei, tampouco, superdotado de poderes para conseguir descobrir a vontade do legislador. Assim, apelar pela vontade do legislador é pressupor uma racionalidade do legislador que não existe e que serve como uma das técnicas que permitem a dogmática reformular o direito positivo adequando a determinados ideais. (HOMMERDING, 2012, p. 28).

Diante do exposto, uma das soluções que a dogmática jurídica utiliza é a atribuição ao legislador de algumas propriedades de racionalidade que estão longe de caracterizar os legisladores da atualidade. Assim, apresentar-se-á agora para contribuir com a elaboração das leis e colaborar com os desafios já supramencionados a Teoria da Legislação e seus níveis de racionalidade.

A Teoria da Legislação é direcionada prioritariamente aos políticos e técnicos da administração envolvidos diretamente com a questão da redação de normas, pensamento de Manuel Atienza, a Teoria da Legislação tem um enfoque mais abrangente, uma que protege o processo legiferante, bem como mantendo contato e relacionamento com outras disciplinas, assim, explicando o fenômeno da legislação de forma mais abrangente. (HOMMERDING; LYRA, 2016).

Com intuito de elucidar a ideia de racionalidade da legislação – tema pouco visto na atualidade diante da crise de crescimento do Direito – Manuel Atienza propõe em sua pesquisa a distinção de 05 níveis de racionalidade, para que se possa atingir uma unidade e articulação entre os saberes que se envolvem nos processos de legislação, quais sejam:

Una racionalidad comunicativa o lingüística (R1), em cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una racionalidad jurídico-formal (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente em um sistema jurídico; una racionalidad pragmática (R3), pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito em la ley; una racionalidad teleológica (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética. (HOMMERDING, 2012, p. 36).

Na Racionalidade lingüística e comunicativa (R1) o sistema jurídico apresenta-se como um sistema de informação/comunicação, priorizando a questão da linguagem, ou seja, a boa comunicação entre o legislador e o destinatário final, conquistando uma clareza comunicativa. Nesse nível o que importa é a comunicação entre legislador e destinatário final; ou seja, ocorre de maneira efetiva quando o texto da lei chega ao destinatário de forma clara, sem distorções, e que seja possível uma compreensão plena. Nesse contexto, para que aconteça o R1 se faz necessário a utilização de conhecimentos de aspectos lingüísticos, de lógica, psicologia cognitiva objetivando sempre evitar ambiguidades sintáticas, lacunas e incoerências. (HOMMERDING; LYRA, 2016).

No nível de racionalidade jurídico-foral (R2), pretende-se a sistematicidade da atividade legislativa, os objetivos principais nessa fase é a coerência do ordenamento jurídico como sistema, coerente, sem lacunas e contradições. No R2 o sistema jurídico deve ser entendido como um conjunto de normas validamente estabelecidas e estruturadas dentro do ordenamento jurídico; Hommerding trata que a forma de evitar tal irracionalidade é através da melhora da técnica legislativa e o aprimoramento dos textos. (HOMMERDING; LYRA, 2016).

Já no nível de racionalidade pragmática (R3), o foco é na adequação das condutas dos destinatários ao que é prescrito pela lei, ou seja, questiona se a lei de fato é observada e proporciona a integração social, neste ínterim o sistema jurídico é considerado como um conjunto de normas eficazes e capazes de promover a regulação da sociedade. (HOMMERDING; LYRA, 2016).

No que concerne ao nível de racionalidade teleológica (R4), a legislação é questionada em relação a suas finalidades, os editores são os portadores dos interesses sociais, particulares e gerais, os destinatários, por sua vez, são os particulares, os órgãos administrativos, como

também os indivíduos ou grupos não comprometidos com o cumprimento da norma. (HOMMERDING, 2012).

No que diz respeito ao nível de racionalidade ética (R5), a lei é solicitada no que corresponde aos valores éticos que legitimam e justificam os fins da legislação, princípios tais como a dignidade da pessoa humana, da liberdade, igualdade e justiça. Assim, pode-se referir que a lei é imoral e ilegítima se ela não seguir os ou violar os princípios éticos e morais, conforme preceitua Hommerding:

Portanto, pensamos que a racionalidade ética vai ao encontro da questão relativa ao controle de constitucionalidade das leis, mormente pelo fato de que a Constituição, na filosofia e na ciência do Direito é recebida “como a fonte do Direito”, estabelecendo, no discurso jurídico, os valores éticos e morais mínimos que possibilitam a vida em sociedade e, que, por isso, devem reger a elaboração e a aplicação das leis, conferindo, por fim, a “unidade de valor” ao ordenamento jurídico (HOMMERDING; LYRA, 2016, p.170).

De acordo com Atienza, o sistema utilizado na produção da legislação é um processo dinâmico em virtude de envolver vários elementos notáveis, sejam os editores, os destinatários, o sistema jurídico, finalidades e valores que se transpassam nos cinco níveis de racionalidade já expostos. Notável é, que se utilizados os ensinamentos de Atienza, haverá um aperfeiçoamento na lei, o que garantirá uma segurança jurídica para os cidadãos, como também irá evitar o simbolismo da legislação, garantindo, assim, a efetividade dos direitos conferidos aos cidadãos, como citado, o direito fundamental à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como escopo uma breve apresentação do Direito à Saúde, sua evolução na sociedade e sua (in)efetividade diante das evoluções do mundo globalizado.

Nesse sentido, no primeiro tópico, dissertou-se acerca da promoção da dignidade da pessoa humana e a proteção da saúde pelo Estado, a historicidade, seus principais objetivos, como também os principais desafios e sintomas de (in)sustentabilidade que a sociedade contemporânea está enfrentando, uma vez que, para garantir os direitos assegurados na Constituição, em especial o direito à saúde, os cidadãos invocam à prestação jurisdicional irrestritamente, ocasionando a judicialização da política.

Haja vista, que em uma sociedade que se torna cada vez mais complexa e que com os processos de evolução aumenta sua multiculturalidade são necessárias políticas democráticas

que garantam e potencializem os direitos humanos a nível universal, em especial o direito à saúde ora elencado, sendo um grande desafio da sociedade contemporânea.

O processo de elaboração de leis no Brasil não observa uma Teoria de Legislação quando na elaboração da norma jurídica, o que gera uma contínua fragilização; uma vez que a atual produção legislativa decorre de políticas legislativas não atentando para uma teoria legislativa ou mesmo para outros campos importantes como a Sociologia do Direito e a Filosofia moral, isso faz com que a legislação criada, tornando-se uma legislação simbólica, de cunho populista e ou midiático, sem efetividade.

Essa não observância de uma técnica/teoria de legislação abre uma lacuna para uma atividade jurisdicional interpretativa ativa, contudo, a falta de observância a uma ciência da legislação na produção da norma gera uma violência simbólica no plano da aplicação do Direito, caracterizada pelo fato de que os juízes passam a ser considerados “o” próprio Direito”.

Diante do contexto ora exposto, parte-se da premissa que a Teoria da Legislação proposta por Manuel Atienza permite um aperfeiçoamento na lei e, por conseguinte, garantirá uma segurança jurídica para os cidadãos ao passo que também evitará o caráter simbólico da Lei e, desse modo, contribui na concretização do direito à saúde e no atendimento ao bem comum.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Carlos José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; MARTA, Taís Nader. **A proteção jurídica na ordem nacional e o direito fundamental ao acesso a medicamentos.** Disponível em: < http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100728201015.pdf>. Acesso em: 21 out. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em:< <http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em: 16 out. 2016.

BERTASO, João Martins; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Diálogo e Entendimento: direito e multiculturalismo e políticas de cidadania e resoluções de conflito.** Campina/SP: Editora Millenium, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Dicionário de política.** 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. 1. v.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.html>. Acesso em: 22 out. 2014.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. **Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos**. São Paulo: Atlas, 2007.

COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. **A (in) diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; FORTES, Francielli Silveira; DIEHL, Rodrigo Cristiano. **O ativismo judicial como instrumento de efetivação dos direitos humanos e fundamentais: uma análise da garantia do direito frente à meta-teoria do direito fraterno**. Coletânea de direito sanitário e saúde coletiva, v. 2, Criciúma, SC: UNESC, 2014. Disponível em: <http://dspace.unesc.net/bitstream/1/2639/1/Colet%C3%A2nea%20Direito%20Sanit%C3%A1rio%20e%20Sa%C3%BAde%20Coletiva%20v2.pdf#page=99>. Acesso em 13 set. 2017.

CUEVAS, Joaquín Cayón de las. **Implantación de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos por mala praxis asistencial: ventajas y posibilidades de articulación jurídica**. Revista de Administración sanitaria siglo XXI. Vol. 8, Número 1: p. 183-198. Espanha: Rev. Adm. Sanit., 2010. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/319826>>. Acesso em 16 de out. 2016.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; MACHADO, Marsal Cordeiro. **O estrangeiro na contemporaneidade: o reconhecimento do outro sob a ótica do Direito Fraterno**. No prelo.

ELIAS, Paulo Eduardo. **Estado e saúde: os desafios do contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n3/24777.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

FERREIRA, Roberto; MACHADO, Costa; FERRAZ, Ana Candida da Cunha. **Constituição Federal interpretada**. 3. ed. São Paulo: Manoele, 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narcisio. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narcisio; LIRA, Cláudio Rogério Souza. **“Os novos” rumos do direito penal: da necessidade de incorporação de níveis de racionalidade legislativa como resposta epistêmica ao simbolismo da norma penal**. P. 159-177. Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflito: tomo 7/ organizadores: Charlise Paula Colet Gimenez, José Francisco da Costa Lyra. Campinas, SP: Millennium Editora, 2016.

LUCAS, Douglas César. **Multiculturalismo e o debate entre liberais e comunitaristas: em defesa da interculturalidade dos direitos humanos**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, v.30, n.58, p.101-130, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14877>> Acesso em: 20 set. 2017.

_____; OBERTO, Leonice Cadore. **Redistribuição versus reconhecimento: apontamentos sobre o debate entre Nancy Fraser e Axel Honneth**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 2, n. 1, p. 31-39, 2010. Disponível em:

<<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4773>>. Acesso em 20 set. 2017.

_____; SCHNEIDER, Bruna Dallepiane. **Multiculturalismo: Identidades em Busca de Reconhecimento**. Revista Direito em Debate, v. 18, n. 31, 2013. Disponível em: <<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/640>>. Acesso em: 20 set. 2017.

MCLAREN, Peter. **Multiculturalismo Crítico**. São Paulo: Editora Cortez, 1997.

MIRANDA, Ciro Carvalho. **Direito à saúde e constitucionalização simbólica: perspectivas de concretização de um direito fundamental**. Debates em Direito Público: revista de Direito dos Advogados da União, v. 8, n. 8, p. 221-238, 2009.

NOGUEIRA, Patricia Barbosa; BATISTA, Cristiano. **Implicações da Legislação Simbólica no Sistema Jurídico**. Revista Brasileira de Teoria Constitucional, e-ISSN:2525-961X, Brasília, v. 3, n.1, p. 1-15, jan/jun. 2017. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/2094>>.

NUNES, Rizzatto. **O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PETERSEN, Letícia Lassen. **Políticas sociais no SUS e a gestão da assistência farmacêutica na rede local/regional: o caso da judicialização na 17ª Coordenadoria Regional de Saúde – RS**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2014. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2014. Disponível em: <<http://btd.unisc.br/Teses/LeticiaPetersen.pdf>>. Acesso em: 20 de set. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **O direito internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesandihbr.html>>. Acesso em: 25 de out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Tomaz Tadeu da. (Org). HALL, Stuart; WOODWARD Kathryn. **Identidade e diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais**. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion; GIMENEZ, Charlise P. Colet. **O necessário reconhecimento das formas de tratamento de conflitos como política pública no Brasil**. Revista Direito e Justiça, n. 21, p. 126-137, nov. 2013. Disponível em: <<https://livros-e-REVISTAS.vlex.com.br/vid/necessa-reconhecimento-tratamento-conflitos-pola-522447242>>. Acesso em: 16 set. 2017.

STURZA, Janaina Machado; ROCHA, Claudine Rodembusch. **Direito e Fraternidade: paradigmas para a construção de uma nova sociedade**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=601c6bc71c748001>>. Acesso em: 16 set. 2017.

VIAL, Sandra Regina Martini. **Direito fraterno na sociedade cosmopolita**. Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos, Bauru, v. 1, n.46, p. 119-134, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18207/Direito_Fraterno_na_Sociedade_Cosmopolita.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. **Saúde: um direito fundado na fraternidade**. Saúde e direitos humanos / Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. – Ano 5, n.5 (2008), Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/3037.pdf#page=65>. Acesso em 13 set. 2017.