

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

**CLERILEI APARECIDA BIER**

**EID BADR**

**JULIA MAURMANN XIMENES**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**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

#### **Conselho Fiscal**

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direitos sociais e políticas públicas[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;  
Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis:  
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-053-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



## XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

### DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

---

#### **Apresentação**

O nosso trabalho consistiu em acolher por meio dos critérios de avaliação científica quinze estudos apresentados, do total de trinta e cinco, no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Aracaju SE. Admitidos à apresentação após escolha por avaliadores dentre diversos outros artigos submetidos, os estudos também passaram pelo crivo do mencionado Grupo de Trabalho, em intensos debates entre os autores, outros participantes do evento e os coordenadores deste livro. As questões fundamentais relativas aos direitos sociais e as correspondentes políticas públicas, como a normatização, judicialização e os deveres do Estado, nas suas diversas esferas de poder, aparecem fortemente vinculados naquelas reflexões, e, por conseguinte, nos estudos aqui organizados.

Com efeito, registramos o nosso agradecimento à Diretoria do CONPEDI e à Universidade Federal da Sergipe que possibilitaram as condições ideais para reflexão sobre os relevantes temas mencionados, que ora resultam na presente publicação com as mais relevantes conclusões sobre os debates e pesquisas realizadas.

A relevância dos eventos nacionais e suas correspondentes publicações, sem falar na sua experiência de internacionalização, confirmam o fato de que o CONPEDI se constitui no fórum mais importante da pós-graduação stricto sensu em Direito no Brasil.

A presente obra agrupa os artigos científicos apresentados em três eixos temáticos.

O primeiro eixo temático aglutina pesquisas que dialogam com questões mais conceituais sobre os direitos sociais, sua fundamentalidade, efetivação e seus desdobramentos em políticas públicas específicas. Assim, questões sobre a efetivação do direito ao trabalho digno, a responsabilidade dos gestores públicos, ações formativas e a situação de imigrantes no Brasil.

O segundo eixo temático aborda dois direitos sociais específicos: o direito à saúde e o direito à moradia. No primeiro predominam pesquisas sobre o papel do Poder Judiciário na sua efetivação, uma discussão que aborda ainda questões orçamentárias e de planejamento, e a

ponderação de princípios . No tocante à moradia, pesquisas sobre o lazer, função social da propriedade, e as possibilidades de efetivação do direito à moradia para populações de baixa renda, permeando ainda discussões sobre a municipalidade e políticas públicas habitacionais.

No último eixo temático, o direito à educação e à assistência social, bem como temas correlatos ao debate sobre a inclusão social. Assim, análises sobre os custos da efetivação do direito à educação, sobre políticas públicas específicas como PROUNI, educação ambiental e Programa Banda Larga. Importante salientar que o debate permeou o papel da qualidade da educação para a emancipação dos sujeitos de direitos e assim o exercício da plena cidadania. Neste sentido pesquisas sobre o papel das ações afirmativas e dos impactos do Estatuto da Igualdade Racial. E para finalizar, o debate sobre educação afirma a responsabilidade do Estado com a inclusão social, e neste sentido pesquisadores apresentaram reflexões sobre as políticas de assistência social.

Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC/CONPEDI

Prof. Dr. Eid Badr - UEA/ OAB/ CONPEDI

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP/CONPEDI

**DA (IN)JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE SOB UMA ANÁLISE DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS.**

**THE JUSTICIABILITY OR NOT JUSTICIABILITY OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: THE EFFECTIVE HEALTH SOCIAL RIGHT IN AN ANALYSIS OF PRINCIPLES OF WEIGHTING**

**Yuri Schneider  
Juliana De Oliveira**

**Resumo**

O presente artigo aborda a judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, analisando o papel do Estado na efetivação e disponibilização dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse respeito, visa analisar o direito ao acesso à saúde, levando em conta os pressupostos fundamentais da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. É sabido que compete ao Estado o dever de fornecer o acesso à saúde para toda população, respeitando seu limite orçamental denominado reserva do possível. Buscou-se a abordagem histórica do direito a saúde na Constituição Federal de 1988, tratando da expansão da proteção dos direitos fundamentais sociais e do avanço na proteção do direito a saúde ampliado pela Constituição cidadã através do Sistema Único de Saúde. Será também oportuno analisar a importância das políticas públicas para concretizar tais direitos e para delimitar a subjetivação do direito a saúde. Por isso, e ao final, analisar-se-á a judicialização e seus elementos, como a reserva do possível, a realocação de recursos, o mínimo existencial, a separação de poderes e o ativismo judicial, enquanto mecanismo de efetivação do direito à saúde.

**Palavras-chave:** Saúde, Estado, Direito, Fundamental, Judiciabilidade

**Abstract/Resumen/Résumé**

This research addresses the justiciability of fundamental social rights, analyzing the states role in the effectiveness and availability of fundamental rights under the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988. In this respect, aims at analyzing the right to access to health, taking into account the fundamental assumptions of human dignity and the right to life. It is known that the State has a duty to provide free health care for all people, respecting their budget are limit called the possible reserves. We tried to the historical approach of the right to health in the Federal Constitution of 1988, dealing with the expansion of social protection of fundamental rights and the advancement in the protection of the right to health enlarged by the Citizen Constitution through the National Health System. It will also be convenient to analyze the importance of public policies to achieve such rights and to delimit the subjectivity of the health law. Therefore, and in the end, will be to analyze the judicialization and its elements, such as booking possible, the reallocation of resources, the

existential minimum, the separation of powers and judicial activism, as a mechanism for ensuring the right to health .

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Health, State, Law, Fundamental, Justiciability

## 1. INTRODUÇÃO

O direito a saúde teve grandes avanços na sociedade brasileira após a constituição de 1988, que salienta a sua importância no exercício da vida digna. Novas descobertas tem possibilitado cada vez mais a melhoria da qualidade de vida de pacientes com graves doenças, mas, a oferta de tratamentos aos pacientes sem possibilidade de obtê-los por conta própria acaba causando um grande aumento nos custos de saúde da população, tal problemática vem criando uma discussão sobre a responsabilidade e a limitação dos direitos fundamentais referentes à vida e a saúde por parte do Estado, tendo em vista a verba orçamentária destinada à saúde e as intervenções do poder judiciário.

Reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de caráter social, tal direito exige do Estado prestações para sua efetividade. Ademais, quando aliado ao caráter fundamental social emana diversas consequências em relação às políticas públicas, separação de poderes e o caráter subjetivo das prestações. Assim, a presente pesquisa busca discutir acerca da gratuidade do acesso à saúde, em contraponto com a intervenção judiciária e seus pressupostos.

Da análise das decisões judiciais referentes a concretização do direito à saúde, verifica-se um embate jurídico determinante do limiar entre a vida e a morte do jurisdicionado, onde esse requer a proteção por parte do Estado, enquanto o último alega limites orçamentários, previstos em lei, para cumprir as normas programáticas previstas na Carta Magna. Fica então, ao Poder Judiciário, por meio do chamado “ativismo judicial”, ponderar qual direito deverá prevalecer no caso concreto: o direito fundamental à saúde e, conseqüentemente à vida, ou o direito orçamentário do Estado, previsto em legislação específica.

Neste dilema, procurar-se-á, neste artigo, debater a teoria pertinente à colisão de princípios fundamentais, onde se faz necessária a realização da ponderação entre o Princípio da Reserva do Possível e o Princípio da Proibição ao Retrocesso, também chamado de Mínimo Existencial.

Para este fim, buscar-se-á, em um primeiro momento, a abordagem histórica do direito a saúde na Constituição Federal de 1988, tratando da expansão da proteção dos direitos fundamentais sociais e do avanço na proteção do direito a saúde ampliado pela Constituição cidadã através do Sistema Único de Saúde. Ainda, sendo o direito à vida

obrigação negativa e também positiva do Estado, este deve adotar medidas positivas que assegurem a aplicabilidade desse direito inerente ao ser humano, que não pode ser alvo de privações. Será também oportuno analisar a importância das políticas públicas para concretizar tais direitos e para delimitar a subjetivação do direito a saúde.

Ao final, analisar-se-á a judicialização e seus elementos, como a reserva do possível, a realocação de recursos, o mínimo existencial, a separação de poderes e o ativismo judicial, enquanto mecanismo de efetivação do direito à saúde.

## **2. A SAÚDE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Inicialmente, importante considerar que todo ser humano nasce com direitos e garantias, não devendo estes ser considerados como concessão do Estado, tendo em vista que, “alguns estes direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros são criados através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas” (SILVA, 2006). Ainda, é válido ressaltar que as pessoas como um todo devem exigir que a sociedade respeite e garanta sua dignidade e necessidades básicas fundamentais.

Nesse sentido, de acordo com Flávia Martins André da Silva (2006) os direitos fundamentais compreendem um conjunto de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade tutelar a dignidade, o respeito à vida, à liberdade e à igualdade para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Partindo dessa prerrogativa, é importante, considerar que os direitos fundamentais, e, principalmente os direitos fundamentais sociais, tem ocupado posição de destaque no contexto constitucional brasileiro.

Para Dallari (2003), a sociedade deve estar organizada de modo que busque condições que permitam a cada homem e grupo social ter o que precisa para seus fins particulares. A organização da sociedade deve ter uma finalidade, que é visar o bem de todos, bem comum sendo este um conjunto de condições da vida social que melhorem o desenvolvimento da personalidade humana, obtido de forma harmônica e garantindo a liberdade de todos.



Os direitos sociais surgiram na crise do Estado liberal, na busca por uma maior igualdade social, dando aos indivíduos prestações sociais necessárias para viver com dignidade. Distingue-se o direito social do direito de defesa, ao ponto que estes representam uma omissão do Estado, uma prestação negativa, enquanto aqueles exigem uma prestação positiva por parte do Estado, assegurando aos indivíduos um mínimo existencial, e pressupõem uma realização de igualdade. (ASSIS, 2012)

Passaram a se desenvolver a partir do século XX, quando se percebeu que os direitos individuais não eram suficientes, pois sem as condições mínimas como educação, alimentação e saúde, os direitos individuais não podiam ser exercidos. Assim, observa-se que as dimensões de direitos completam-se, contribuindo todos para a realização da dignidade humana. (BARCELLOS, 2011)

Após a segunda guerra mundial, cresce a discussão a cerca dos direitos humanos, criando declarações pactos e organizações para protegê-los. O Estado passa a intervir ativamente tentando diminuir as desigualdades econômicas, assumindo a prestação de serviços fundamentais para todos, surge a necessidade de controlar os recursos disponíveis para se obter um maior proveito, levando a ação do Estado a todos os campos sociais, com o fim da guerra, o Estado precisa intervir mais ainda para restaurar as cidades e readaptar as pessoas. (DALLARI 2003)

Parece aceita a ideia de que para ser denominado direito humano, este precisa preencher algumas condições como a universalidade, a justiciedade e exigibilidade, ou seja, ser garantido a todos os grupos, ter pleno acesso a justiça, e clareza de quem tem a obrigação de realizá-lo. Existe dificuldade no entendimento de que os direitos sociais, econômicos e culturais estejam qualificados nessa categoria. Há quem pense que seria possível exigir do Estado apenas que não maltratem ou dizimar os cidadãos, mas não seria apropriado requerer garantia de um padrão de vida para todos, sendo que tais direitos requereriam um aumento consequente nos impostos, sendo um atrevimento requerer a satisfação dos direitos humanos quando não há possibilidades de realizá-los e concretizá-los. (BONVENUTO 2010)

Os direitos sociais são previstos na Constituição Brasileira de uma forma ampla e abstrata, sendo necessária a atuação do poder público para estabelecer meios adequados de implementação. Observado isso, não há como negar o vínculo entre a efetivação dos

direitos e os recursos públicos para o financiamento das prestações, necessitando de regulamentação através das políticas públicas como caracteriza a constituição, elaboradas pelo poder legislativo e poder executivo, por meio das quais são estabelecidos objetivos a serem alcançados para a melhoria econômica social e política, garantindo o acesso às camadas menos favorecidas, definem assim metas e meios pelos quais serão aplicados. (ASSIS, 2012) Através delas, o governo faz o planejamento da forma mais adequada, para que as áreas sociais que mais precisam sejam atendidas, e assim sejam alcançados os objetivos desejados.

No contexto marcado pela globalização econômica e pela integração regional, há a urgência de incorporar a agenda social na pauta da integração regional de blocos econômicos, bem como na nova arquitetura financeira internacional.

O ordenamento jurídico brasileiro conferiu, após a segunda guerra mundial, a dignidade humana o caráter de princípio fundamental e de norma embasadora do sistema constitucional, tendo assim valor máximo, sendo a dignidade humana dotada de eficácia plena em todas as relações. (BERNARDI, 2007)

Durante as últimas décadas a sociedade contemporânea tem acompanhado a situação da saúde pública no país, onde a população encontra-se abandonada pelo Estado, à mercê da sorte ou de condições particulares de custear tratamento médico.

Segundo teoria desenvolvida por Campos (2006, p. 37), o termo “saúde pública” é entendida como prática social exercitada por inúmeras instituições do aparelho estatal, desde as universitárias até aquelas diretamente vinculadas ao Poder Executivo e diretamente responsáveis pela criação de condições favoráveis ao desenvolvimento econômico a partir da perspectiva do bloco político e economicamente dominante, e ao mesmo tempo, *“encarregadas de administrar a saúde coletiva dentro de limites que facilitem a legitimação deste bloco frente à sociedade”* (2006, p. 37)..:

De acordo com ensinamentos de Schwartz, *“a saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim a saúde se conecta ao direito à vida”* Schwartz (2001, p. 52).

Os textos constitucionais, anteriores à Constituição de 1988, não garantiam o direito à saúde na concepção atual, limitaram-se a atribuir competência à União para planejar

sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica e sanitária (Dallari 1995).

No ano de 1988, de acordo com L'Abbate (2010), a soma de forças políticas e sociais resultou em uma conjugação favorável para que a saúde e outros direitos sociais adquirissem o estatuto constitucional no país.

Segundo doutrina defendida por Sarlet (2008), no âmbito da evolução jurídica brasileira, um dos principais marcos do direito à saúde a serem lembrados é a inserção da saúde como bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988, na condição de direito e dever fundamental de titularidade universal, isto é, na condição de direito de todos e de cada um e dever do Estado, da sociedade e da própria pessoa para com os outros e consigo mesma.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trabalho do Poder Constituinte originário, outros direitos fundamentais surgiram no país, em uma tentativa de compensar os abusos do período ditatorial e com o objetivo de limitar os Poderes do Estado, que é representado por indivíduos eleitos pela vontade popular.

No que se refere ao direito à saúde, que dentre os direitos assegurados pela Seguridade Social, é o objeto desta pesquisa, o art. 196 da Carta Magna dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, vejamos:

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.<sup>1</sup>

Por sua vez, o art. 197 da Carta Constitucional<sup>2</sup> prevê que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao poder público editar legislação para regulamentar, fiscalizar e controlar estas ações e serviços relativos à saúde.

O art. 198 da Constituição<sup>3</sup> dispõe que as ações e serviços públicos de saúde integram um sistema único, que deverá obedecer as diretrizes da descentralização;

---

<sup>1</sup> Constituição (1988).

<sup>2</sup> Constituição (1988).

atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O Poder Público editou, para regulamentar o Direito à Constitucional à Saúde, conforme previsão do art. 197, em 1990 a Lei 8.080/1990 que “*Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*”<sup>4</sup>, chamada de Lei do SUS – Sistema Único de Saúde, que tem como objetivo regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Há de ser frisado, ainda, que na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde encontra fundamento jurídico em conformidade com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – Organização das Nações Unidas, que desde 1948 constam na agenda internacional:

Art. 25. Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.<sup>5</sup>

Indiscutivelmente, com a promulgação da carta constitucional 1988 obteve-se uma grande conquista para os brasileiros, entretanto, a Constituição por si só não assegura a efetividade dos direitos e deveres constituídos (L'ABBATE, 2010).

São necessárias ações do poder público, de todas as esferas federativas, com ênfase à efetivação de tão importante direito, que é a saúde, que se dará a partir das chamadas políticas públicas.

---

<sup>3</sup> Constituição (1988).

<sup>4</sup> Lei 8.080 (1990).

<sup>5</sup> Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969).

## 2.1 Direito à saúde: um direito social

A República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, conforme previsão na Carta Constitucional fundamenta-se em aspectos como: cidadania, dignidade e soberania popular. Assim, a saúde passa a ser declarada como um direito fundamental de cidadania, cabendo ao Estado a obrigação de provê-la a todos os cidadãos, indistintamente (SILVA, TANAKA, 2012, p. 250).

Conforme doutrina de Ibanhes (2010, p. 213), historicamente, a responsabilidade do Estado pela vida de seus cidadãos era resultado do reconhecimento de problemas sociais e de saúde no âmbito da produção e reprodução da força de trabalho, ou seja, o acesso aos serviços de saúde estava restrito aos trabalhadores formais.

Dallari e Fortes (1997, p. 187) afirmam que o quadro de injustiça social, resultado da postura do Estado, resultou em manifestações de ordem política que influenciaram no olhar e no comportamento diante de direitos sociais.

Desta forma, o Estado de Direito passa do modelo tradicional de Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático de Direito, resultando em um aprofundamento dos direitos humanos e fundamentais, que ganham novos valores, e a atuação do Estado passa a ser reivindicada positivamente (LUIZ, KAYANO, 2010, p. 115). Segundo Dallari e Fortes (1997, p. 57), o direito à saúde, antes entendido como obrigação moral, passa a ser transformado em obrigação legal.

Assim, o direito à saúde foi classificado pelo constituinte originário e pelo derivado como sendo um direito social, para justificarmos esta afirmação vejamos algumas passagens de artigos esparsos da Constituição Federal de 1988 que asseguram e protegem o direito à saúde.

Segundo Moraes (2008, p.198), o direito à saúde, classificado como direito social, é norma de ordem pública, inviolável e imperativa, cabendo ao Estado a concretização de tal direito:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades potestativas*, de observância obrigatória em

um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Portanto, partindo de uma análise do período pré e pós Constituição Federal de 1988, o Brasil evoluiu significativamente no que se refere ao Direito à Saúde, tendo em vista que antes da Constituição não era dever constitucional do Estado (em todas as esferas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurar os direitos relativos à saúde e hoje deve fazer parte das políticas públicas do governo, inclusive com orçamento mínimo a ser destinado para políticas públicas relativas à saúde.

A partir da análise do texto constitucional, infere-se que o Direito à Saúde foi classificado pelo constituinte originário como um direito social, que merece especial proteção do Estado, de forma que fosse a todos os brasileiros assegurado um patamar de subsistência digna, garantindo a efetivação das normas programáticas, através de políticas públicas.

### **3. EFICÁCIA, EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DAS NORMAS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE**

Vários fatores contribuem para a violação por parte do Estado, abrangendo todas as esferas federativas, do cumprimento do seu dever de prestação da saúde. Sarlet (2006, p.420). afirma que um dos fatores é o aumento da demanda por parte da população brasileira, enquanto que outro seria a incapacidade do Estado em efetivar tal direito:

De outra parte, a crescente insegurança no âmbito da seguridade social, neste contexto, de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade.

Castro (2008, p.662). afirma que em países como o Brasil, que não atingiram o mesmo nível de proteção social que o dos continentes precursores da ideia de direitos

sociais, o período atual gera outros problemas, como a redução de gastos públicos com políticas sociais, o que significa o não comprometimento com a meta do Bem-Estar Social.

A proteção social é afetada diretamente pelos reflexos da globalização, que afeta o Estado Contemporâneo. Assim, as sociedades estão vivendo um processo de modificação das políticas estatais, que refletem na soberania estatal, no valor social do trabalho e na intervenção do Estado com vistas à redução das desigualdades sociais Castro (2008, p.662-666).

Ao Estado compete garantir os direitos sociais, por meio de políticas públicas, e segundo Castro (2008, p.668), o direito à saúde deve ser concretizado integralmente pelo Estado-Providência:

O Estado-Providência foi criado, segundo os seus precursores, para a redução das desigualdades sociais. Assim, o sistema se sustenta e se legitima pelo fato de que a sociedade – e o Governo eleito por esta – tem um compromisso moral com os menos favorecidos.

Neste sentido, precisa-se identificar qual é a efetividade e aplicabilidade dos direitos constitucionais, principalmente dos direitos sociais.

A efetividade dos direitos constitucionais pode ser entendida como a concretização de efeitos jurídicos no mundo fático, ou seja, constitui a materialização do Direito. Segundo Barroso (1996, p. 83), a efetividade “*simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social*”.

Silva, distingue a eficácia em eficácia jurídica e eficácia social. Segundo ele:

Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como meta. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. [...] Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. (SILVA, 1998, p. 66).

Os conceitos de efetividade e eficácia relacionam-se ainda com o de aplicabilidade, conforme nos ensina Sarlet:

Já no que diz com a relação entre a eficácia jurídica e a aplicabilidade, retomamos mais uma vez a lição de José Afonso da Silva para consignar que eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, já que a eficácia é encarada como potencialidade (a possibilidade de gerar efeitos jurídicos) e a aplicabilidade, como realizabilidade, razão pela qual eficácia e aplicabilidade podem ser tidas como as duas faces da mesma moeda, na medida em que apenas a norma vigente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. (SARLET, 2009, p. 25)

Portanto, as normas constitucionais para serem efetivas precisam ser materializadas no mundo fático, precisam deixar de ser meras normas formais.

De acordo com Sarlet (2005), a classificação dos direitos fundamentais, segundo a funcionalidade, se dividiriam em: a) direitos fundamentais de defesa e b) direitos fundamentais à prestações, que se subdividem em direitos a prestações em sentido amplo, abrangendo os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento, e os direitos a prestações em sentido estrito.

No que se refere aos direitos fundamentais de defesa, ensina o jurista que objetivam a limitação do poder estatal, para garantir ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe conceder um direito subjetivo a evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminar agressões a sua esfera de autonomia pessoal. Trata-se, pois, de direitos negativos, dirigidos a uma conduta omissiva do destinatário. (SARLET, 2005).

No que tange aos direitos a prestações em sentido amplo, incluem-se os direitos de proteção, entendidos como posições jurídicas que atribuem ao cidadão o direito de exigir perante o Estado a proteção de bens jurídicos em face de violações de terceiros, e os direitos à organização e ao procedimento, relacionados também à produção normativa, que apresentam caráter residual em relação aos direitos de defesa. Por fim, os direitos a



prestações em sentido estrito correspondem aos direitos a prestações sociais materiais, vinculados prioritariamente às funções do Estado Social. (SARLET, 2005)

Segundo interpretação da teoria de Ingo Wolfgang Sarlet (2005), conclui-se que o direito à saúde classificar-se-ia como um direito à prestações em sentido estrito, ou seja, vinculado à prestações sociais materiais, vinculado às funções do Estado Social Democrático.

#### **4. DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS**

A preservação da vida sempre foi uma preocupação constante do ser humano. Assim, em decorrência das necessidades diárias, buscou-se no decorrer da evolução da sociedade a proteção do indivíduo, garantindo alguns meios de amparo frente às adversidades da vida. No entanto, nem sempre a proteção é efetiva, tanto por parte da sociedade quanto do Estado, ficando muitos indivíduos e coletividades desprotegidos e desamparados.

Neste contexto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 uma série de direitos fundamentais, inspirados nas Constituições do México e de Weimar (Alemanha), foram previstos no texto constitucional brasileiro. Dentre eles, temos um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição e de forma mais específica no art. 5º foram exemplificados alguns direitos e deveres individuais e coletivos.

Além do Título II, muitos outros direitos fundamentais foram previstos em artigos esparsos no decorrer do texto constitucional, como por exemplo, a defesa das instituições democráticas, a organização do Estado e a organização dos Poderes, neste último prevendo-se a separação dos poderes e a aplicação da Teoria dos Freios e Contrapesos. Vale salientar que tais previsões constitucionais tem como objetivo primordial a proteção dos indivíduos de abusos praticados pelo Estado ou pelos Poderes, garantindo uma maior segurança jurídica, protegida contra qualquer ato discricionário do governo que tenha como objetivo prejudicar os indivíduos ou coletividades.

Algumas conclusões afirmam que a ampla proteção aos direitos e garantias fundamentais foi uma espécie de compensação aos exageros cometidos pelo Estado durante

a Ditadura Militar, enquanto que outros afirmam que o Brasil seguiu modelos internacionais, inspirados nas Declarações da ONU – Organização das Nações Unidas, tentando se adequar a um mundo globalizado, democrático e de proteção do indivíduo contra abusos praticados pelo Estado.

Assim, no Título VIII da Constituição Federal, o constituinte originário entendeu por tratar “Da ordem social”. Neste título, deu-se uma atenção especial à Seguridade Social (Capítulo II), à educação, cultura e esporte (Capítulo III), ciência e tecnologia (Capítulo IV), Comunicação Social (Capítulo V), meio ambiente (Capítulo VI), família, criança, adolescente jovem e idoso (Capítulo VII) e aos índios (Capítulo VIII).

No que se refere à ordem social, o que nos interessa para o avanço da pesquisa é o Capítulo II, que se refere à Seguridade Social, que abrange as políticas públicas referentes à assistência social, saúde e previdência social.

Quando o texto constitucional refere-se ao direito à saúde, prevê em seu art. 196 que “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido (...) acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”<sup>6</sup>. Portanto, da análise do texto constitucional concluímos que saúde é direito de todos e dever do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios de forma solidária).

De acordo com Bobbio (1992), a concorrência entre os direitos é um dos entraves na sua garantia reconhecimento do direito de alguns é o conseqüente suprimento do direito de outros. No que se refere ao direito à saúde, classificado entre os direitos sociais, faz parte do conjunto de direitos mais difíceis de serem protegidos, se comparado aos direitos civis e políticos. O reconhecimento da saúde como direito universal e integral esbarra no estágio de desenvolvimento insuficiente do Estado para sua garantia.

Quando fala-se em Políticas Públicas do Direito à saúde, deve-se considerar que o Brasil evoluiu muito desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Passamos de uma realidade de Estado Negativo, que nada fazia pela saúde de seu povo para um Estado Positivo, que tem o dever constitucional de garantir a saúde à todos.

Os doutrinadores Nogueira e Pires (2004, p.758) consideram fundamental o debate acerca do alcance e conteúdo do direito Social a saúde afirmando que:

---

<sup>6</sup> Constituição (1988).

Os interesses presentes e a capacidade organizativa dos diferentes grupos que compõem o setor darão o tom do debate e, [...], viabilizarão a inclusão e efetivação do direito à saúde com um perfil onde a democracia e a universalidade encontrarão abrigo amplo ou serão extremamente reduzidas.

No entanto, analisando a trajetória da saúde no período pós constitucional, verifica-se que os problemas enfrentados pelo setor no campo do financiamento, principalmente a insuficiência de recursos, inviabilizam a realização de uma política social mais efetiva (MENDES, MARQUES, 2009).

Assim, muito há de se fazer ainda no que se refere à concretização do direito à saúde. Qualquer leigo no assunto, que já precisou de assistência à saúde do SUS (médica, hospitalar ou referente à distribuição de medicamentos), em qualquer esfera de poder (federal, estadual, distrital ou municipal), e em qualquer região do país, poderá “contar-nos” sua experiência negativa de vida.

É visível a todos que, infelizmente, temos um SUS precário e que não funciona conforme prevê a sua lei instituidora, que muitas políticas públicas na área da saúde não deixam de ser formais, ou seja, não saem do papel; que as estruturas são precárias; que há falta equipe médica (médicos, enfermeiros, técnicos em enfermagem...etc.); que o acesso à medicamentos contínuos para tratamento de patologias não é acessível à todos; que as pessoas ficam anos na fila aguardando exames, tratamentos médicos, cirurgias, entre outros.

## **5. CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS**

Historicamente podemos afirmar que o caso mundial que inaugurou a interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo no processo de formulação e elaboração das políticas públicas está no famoso caso norte-americano, chamado de *leading case*, *Marbury versus Madison*, julgado pelo juiz Marschall, que inaugurou também a discussão da supremacia da constituição federal e o controle difuso de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 expandiu significativamente o reconhecimento de direitos e pretendeu contribuir para a concretização dos direitos fundamentais. Streck nos afirma que enquanto carta prospectiva, "*a constituição acena para o futuro e é uma*

*garantia formal ou, pelo menos, promessa da construção de um Estado social livre, robusto e independente"* (STRECK , 2002, pág. 75). No entanto, para que estes direitos sejam concretizados, faz-se necessária a ação positiva do Estado por meio de políticas públicas.

Assim, quando as políticas públicas não são efetivadas para garantia dos direitos fundamentais, o julgador, na interpretação jurisdicional e solução do conflito no caso concreto, está legitimado a adotar o compromisso com os princípios constitucionais, visando a proteção da dignidade da pessoa humana, na concretização das políticas públicas, principalmente no que se refere à saúde (STRECK, 2002, pág. 76).

Bonavides (1993) informa que nos países de terceiro mundo, como o Brasil, é mais comum, por motivos pragmáticos, a judicialização das políticas públicas.

De acordo com Streck, a Constituição substantiva considera que:

[...] mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidencia, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. [...] concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*. (STRECK, 2000, p. 40)

Observa-se que na teoria defendida por Canotilho (2002, p. 25-40), destaca-se que as políticas públicas estão invariavelmente ligadas à efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que políticas públicas refletem a realização de programas (normas constitucionais programáticas<sup>7</sup>), contemplando dispositivos de largo espectro e de notável densidade eficaz, a exemplo do art. 196 da Constituição Federal.

---

<sup>7</sup> Ao contrário da posição substancialista que defendia, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO apresenta hoje um posicionamento diferenciado do que adotava, dando a entender que se esgotou o constitucionalismo dirigente (ou *textos constitucionais dotados de programaticidade*). Para o jurista, o pensamento liberal e vários olhares políticos, doutrinários e teóricos, proclamam a falência dos "códigos dirigentes", pois o mundo é caracterizado pela conjuntura, riscos e particularismos. Assim, a Constituição programática, é o "rostro normativo da utopia". Essas Constituições "conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas". Assim, a idéia de diretividade constitucional tem sentido se inserida no chamado "*constitucionalismo moralmente reflexivo*". Sobre assunto: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. In: Revista da procuradoria-geral do estado. v. 25, n. 56, 2002, p. 25-40.

Assim, pode-se dizer que política pública é um conjunto organizado de normas e atos da administração pública tendentes à realização de um objetivo determinado; são programas prescritos pela ordem constitucional e legislação ordinária como qualificadoras do interesse público, tendentes ao atendimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Dentre estes objetivos de relevância pública estão ações e serviços concernentes a saúde (art. 197 da Constituição Federal).

Mais do que nunca as demandas pelo acesso à saúde tem abarrotado o judiciário brasileiro. O cenário de judicialização é crescente e dinâmico, na medida em que há multiplicação das demandas judiciais, existe um contexto de avanços na medicina e tecnologia, aumentando a necessidade de resposta acadêmica (MOREIRA, 2013).

Os tribunais, por vezes, ignoram as normas infraconstitucionais relativas as políticas públicas que envolvem prestações positivas do direito à saúde, que procuram regular de modo racionalizado o acesso à saúde, sob o fundamento de que o direito à saúde previsto na Constituição Federal garante ao indivíduo imediatamente a prestação de que necessite (MOREIRA, 2013).

Canotilho (2000) afirma que os direitos sociais estão submetidos às crises e recessões estruturais e conjunturais, entretanto, as restrições devem sofrer limitações no respeito à dignidade humana, o que chama de Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Afirma Canotilho sobre a proibição de retrocesso social nos seguintes termos:

A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas (CANOTILHO, 2000, p. 332-333).

No que se refere ao Princípio da Reserva do Possível, Canotilho (2000) reconhece a limitação da disponibilidade econômica do Estado, devido aos gastos elevados com implementação das políticas públicas. Questiona o argumento do Estado de insuficiência de recursos afirmando que o Princípio da Reserva do Possível deve estar submetido ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social, sendo este uma limitação fática.

Barroso demonstra certa simpatia ao ativismo judicial de acesso à saúde afirmando que o ativismo judicial teria vindo em “boa hora” (BARROSO, 2009, p. 107). Entretanto, afirma o autor em outras obras, preocupação com a definição de critérios para a atuação judicial, devendo ser adotada a teoria dos princípios e da ponderação para não ocorrer uma absolutização de direitos fundamentais (BARROSO, 2007).

Na defesa do Princípio da Reserva do Possível, Barroso afirma que os recursos públicos são insuficientes para atender todas as demandas sociais, cabendo ao estado eleger prioridades para direcionar o orçamento, nos seguintes termos “*a verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros*” (BARROSO, 2009, p.37).

Já na defesa do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, Barroso afirma:

No contexto de *análise econômica do direito*, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido no caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável. (SARLET, 2001, p. 286)

Sarlet (2009, p. 325), por sua vez, afirma haver limitações fáticas, o que chama em sua obra de Reserva do Possível, à necessidade de utilização do princípio da proporcionalidade, não compreendendo o direito à saúde como irrestrito, imediato e incondicionado.

Para Sarlet, o chamado Princípio da Reserva do Possível não se refere exclusivamente aos recursos financeiros para efetivação dos direitos sociais, mas sim à

razoabilidade da pretensão deduzida em juízo e também à previsão orçamentária da respectiva despesa:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito (SARLET, 2009, p. 325).

Por outro lado, Sarlet afirma que a negativa aos serviços de saúde corresponde “*a aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isso, habitualmente sem qualquer processo*” (SARLET, 2009, p. 325). Alega ainda que para a efetividade da norma constitucional disciplinadora do direito à saúde:

O reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça (SARLET, 2009, p. 325).

Para Sarlet (2001), o Princípio da Proibição de Retrocesso Social é um princípio constitucional que possui como principal objetivo preservar os direitos conquistados,

evitando assim supressões infundadas, deve sempre existir uma evolução ao que tange os direitos fundamentais, jamais um retrocesso.

De acordo com Sarlet (2004, p.162), o Estado está vinculado à concretização de determinados direitos, sendo-lhe proibido diminuir ou violar tais direitos no plano legislativo ou executivo:

Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.

Assim, surge o dilema de aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social ou do Princípio da Reserva do Possível em relação as demandas judiciais em busca do direito constitucional à saúde pública.

## **6. DIREITO À SAÚDE: uma análise sobre a ponderação de princípios**

Robert Alexy, ícone dos defensores da concretização dos direitos fundamentais, idealizador da Lei da Ponderação, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, visando solucionar a colisão de princípios, afirma que a satisfação de um direito justifica a não satisfação de outro (ALEXY, 2008).

Além de resolver as colisões de princípios, a teoria mantém a normatividade dos princípios sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico. Entretanto, a obra de Alexy não contém um catálogo de prescrições direcionadas aos intérpretes (MOREIRA, 2013).

Analisar o tema da colisão de princípios fundamentais é o mesmo que reconhecer o caráter normativo dos princípios previstos na Constituição Federal, ou seja, deixar de vê-los apenas como meras recomendações morais.



Inicialmente, faz-se necessário realizar uma distinção entre regras e princípios. Segundo Alexy (2008, p. 85) a distinção entre regras e princípios constitui a base para a compreensão da teoria dos direitos fundamentais.

Bobbio define os princípios como “*normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais*” (BOBBIO, 2003, p. 81).

Para Alexy (2008), as normas podem dividir-se em regras e princípios, porém a diferença é gradual e qualitativa, permitindo distinguir com precisão as regras e os princípios. Essa distinção proposta por Alexy possui fundamento na dicotomia entre regras e princípios proposta por Dworkin.

Para Dworkin as regras são aplicadas da maneira do tudo-ou-nada, de forma que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Já no que se refere aos princípios, Dworkin (2002) afirma que sua aplicação ocorre de uma maneira mais complexa, pois possuem dimensões que as regras não tem, sendo necessária uma decisão particular e a construção de uma linha de interpretação.

Alexy (2008) afirmando que Dworkin não chegou ao núcleo da distinção entre regras e princípios, afirma que os princípios são mandamentos de otimização.

Assim, para Alexy (2008), as regras são mandamentos definitivos, que determinam determinada conduta previamente definida, enquanto que os princípios, são mandamentos de otimização, ou seja, ordenam fazer uma coisa na máxima medida possível cuja medida de aplicação deve ser definida pelo julgador, em cada caso concreto.

Em síntese, regras são mandamentos definitivos, enquanto que princípios são mandamentos de otimização (ALEXY, 2008, p. 90)..

De acordo com Alexy, havendo conflito entre regras, há critérios objetivos para solução. As regras não possuem a característica da otimização, elas são formuladas de modo a exigir um cumprimento pleno, ou seja, “*são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas*” (ALEXY, 2008, p. 91).

Os princípios, por sua vez, não expressam mandamentos definitivos, tendo em vista que somente ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, considerando determinadas condições concretas. Assim, a aplicação de um princípio a um caso concreto

não significa que o que ele determina será um resultado definitivo para os casos semelhantes. Assim, é verdadeira a afirmação de que os princípios não possuem conteúdo de determinação, pois suas razões são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto, podendo ser permutadas por outras razões contrárias (ALEXY, 2002, p. 99).

O autor afirma que o principal critério distintivo entre uma regra e um princípio é a forma como eles se comportam no caso de colisão as regras estão vinculadas à subsunção, enquanto que os princípios à ponderação.

A tese central da teoria dos direitos fundamentais “*é que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza e princípios e são mandamentos de otimização*” (ALEXY, 2008, p. 575).

A ponderação, portanto, aplica-se de forma exclusiva aos princípios. Assevera Alexy (2007, p.64).para fundamentar sua tese:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.

Assim, quando houver conflito entre princípios faz-se necessário a ponderação no caso concreto, determinando qual princípio prevalecerá, não excluindo o outro do ordenamento jurídico:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deverá ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. (ALEXY,2008, p.93)

A estrutura das soluções de conflitos entre princípios constitucionalmente previstos (expressa ou implicitamente) é apresentada por Alexy através da chamada Lei de Colisão, que demonstra que o resultado da ponderação deve ser objeto de fundamentação (ALEXY ,2008).

De acordo com Alexy (2002, p. 92-93), quando um princípio limita a aplicação jurídica de outro a um caso concreto, deve-se estabelecer uma relação de “*precedência condicionada*” entre ambos, ou seja, devem ser indicadas as condições necessárias para que um princípio seja aplicado em detrimento de outro, devendo ser observadas as condições de cada caso concreto.

O princípio que teve precedência irá restringir as possibilidades jurídicas de aplicação do princípio que foi desprezado. No entanto, esta relação de precedência não é definitiva, podendo ser invertida quando as condições do caso concreto forem modificadas (ALEXY, 2004, p. 164).

Segundo Alexy, o peso ou precedência dos princípios é determinado da seguinte forma “*o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto*” (2002, p. 93).

Nesse mesmo sentido, Steinmetz (2001, p. 127) afirma que a metáfora do peso utilizada por Alexy deve ser entendida como as razões suficientes para que um princípio preceda outro, não possuindo significado quantitativo.

Alexy (2008) defende que a lei de colisão é válida para solucionar todas as colisões em casos concretos, pois formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios. A formulação desses enunciados é fundamentada através da ponderação de princípios constitucionais.

A definição dos princípios como mandamentos de otimização faz com que eles ordenem “*que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas*” (ALEXY, 2004, p.185)..

A ponderação, segundo Alexy (1999, p. 69), exige um princípio mais amplo: o chamado princípio da proporcionalidade, que em sentido estrito abarca os casos em que os custos e sacrifícios não podem ser evitados, tornando-se necessária uma ponderação.

A lei de ponderação é descrita por Alexy nos seguintes termos: “*quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro*” (2003, p.136). De acordo com o Autor, a ponderação compõe-se em três fases.

A Lei da Ponderação, exige primeiramente a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, sendo indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais da colisão, para evitar distorções durante a ponderação (ALEXY, 1999, p. 69).

A segunda fase da ponderação, é definida por Alexy (1999, p. 71) como a realização da ponderação propriamente dita, onde deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro.

Por fim, Alexy (1999, p. 74) traça a última etapa da ponderação como sendo aquela que exige a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. É a fase mais complexa da ponderação, pois deve-se justificar porque uma solução deve prevalecer sobre outra.

No que tange ao direito à saúde, Alexy (2008) afirma ser imprescindível ponderação entre os direitos sociais, inclusive o mínimo existencial e a reserva do possível, uma vez que o direito à saúde de alguns cidadãos podem extinguir o direito de outros devido à escassez dos recursos.

Barroso (2009, p.13)., afirma que em certos casos a observância do princípio da Proibição do Retrocesso Social, traduzido no mínimo existencial, pode levar à violação do princípio da igualdade e mitigar os direitos de toda a coletividade:

“Alguém poderia supor, a primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que se contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Barroso (2009) afirma ainda que os direitos fundamentais, ao serem exigidos, inclusive por via judicial, podem sofrer ponderações tanto com direitos fundamentais, quanto como princípios constitucionais. Neste diapasão, ensina ainda que “*as políticas*

*públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais”* (BARROSO, 2009, p. 34).

Segundo Alexy (2008), sendo os Princípios da Vedação ao Retrocesso e da Reserva do Possível mandamentos de otimização, devem ser aplicados com o objetivo de atender à necessidade social por meio da proporcionalidade, em especial a adequação das medidas para se atingir o objetivo desejado, sendo esta medida a menos gravosa, levando-se em consideração as vantagens a serem auferidas.

## **7. CONCLUSÕES**

O direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida, e indissociável do Princípio de Dignidade da Pessoa Humana. Possui previsão constitucional, na condição de direito social, com status privilegiado, sendo direito de todos, devendo ser efetivado mediante políticas públicas emitidas por parte do Estado, englobando neste termo todos os entes da Federação.

No entanto, o Estado, por questões de gestão e orçamentárias, não consegue ainda atender todas as demandas relacionadas ao direito à saúde, levando muitos indivíduos a recorrerem ao Poder Judiciário para solucionar a omissão do Estado e garantir o tratamento médico, hospitalar ou assistencial necessário ao atendimento do direito integral à saúde.

O Poder Judiciário, em sede de ativismo judicial, antes de proferir uma decisão condenando o Estado a garantir o direito integral à saúde ou isentando-o da responsabilidade, depara-se com um dilema criado entre os Princípios Constitucionais da Reserva do Possível e da Vedação ao Retrocesso, também chamado de Mínimo Existencial.

Para solucionar tais conflitos, surge como possibilidade a Teoria dos Direitos Fundamentais, defendida por Robert Alexy, na qual, o direito constitucional à saúde deve ser ponderado no caso concreto, sendo concretizado por meio da maior extensão possível, considerando-se o suporte fático, jurídico e financeiro, garantindo e efetivando o direito à vida com dignidade, bem como respeitando o Princípio do Retrocesso Social e o Princípio da Reserva do Possível.

A solução pertinente para a colisão do Princípio do Retrocesso Social e o Princípio da Reserva do Possível ocorrerá de acordo com as peculiaridades do caso concreto,

ponderando-se entre as necessidades e as possibilidades dos envolvidos por meio da proporcionalidade.

O desafio de que os direitos sociais possam permear a política macro econômica, de forma a envolver a política fiscal, a política monetária e a política cambial.

As instituições econômicas internacionais devem levar em grande consideração a dimensão humana de suas atividades e o forte impacto que as políticas econômicas pode ter nas economias locais especialmente em um mundo cada vez mais globalizado.

Deve-se romper com os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica incluyente voltada para a promoção dos direitos sociais, consagrada nos relevantes tratados de proteção dos direitos humanos da ONU (por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e, por outro lado, a dimensão excluyente ditada pela atuação especialmente das agências econômicas especializadas (como por exemplo o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional), na medida em que suas políticas, orientadas pela “condicionalidade”, submete países em desenvolvimento a modelos de ajuste estrutural incompatíveis com os direitos humanos.

Flavia Piovezan, citando o autor Jack Donnelly, aponta para a consequência do referido anteriormente quando nos trás que:

*“Mercados livres são economicamente análogos ao sistema político baseado na regra da maioria, sem, contudo, a observância aos direitos das minorias. As políticas sociais, sob esta perspectiva, são essenciais para assegurar que as minorias, em desvantagem ou privadas pelo mercado, sejam consideradas com o mínimo respeito na esfera econômica” (PIOVEZAN, 2003. p. 259).*

Mas não se deve atentar somente para os organismos econômicos internacionais, e sim, também, para a necessidade de acentuar a responsabilidade social do setor privado, especialmente das empresas multinacionais, na medida em que constituem as grandes beneficiárias do processo de globalização.

Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais exercido pela exacerbada postura neoliberal na globalização econômica, propicia, sem dúvida, a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos.

Se os direitos civis e políticos mantêm a democracia dentro de limites razoáveis, os direitos econômicos e sociais estabelecem os limites adequados aos mercados. Todavia,

sabemos muito bem que somente mercados e eleições, por si só, não são suficientes para assegurar direitos humanos para todos.

Por fim, importante referir que, para a implementação mais eficaz dos direitos humanos, principalmente os direitos econômicos, sociais e culturais, emerge o desafio da construção de um novo paradigma, pautado por uma agenda de inclusão, que seja capaz de assegurar um desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático, nos planos local, regional e global.

A saúde no Brasil é um assunto polêmico amplamente pleiteado nos tribunais, isto por que, sem dúvida, é o pressuposto base para o pleno exercício dos direitos. A presente pesquisa teve por objetivo analisar o direito à saúde no Estado Brasileiro e a gratuidade na disponibilização de medicamentos. Analisando de forma sintética a evolução histórica do direito a saúde na Constituição Brasileira, assim reconhecido como direito fundamental social a qual estrutura as bases do Sistema Único de Saúde, de forma igualitária e universal. Observando que esta não restringe-se apenas aos medicamentos, atendimento médico e internação hospitalar, mas é um conjunto de diversas ações como a prevenção de doenças, a alimentação de qualidade, higiene entre outros fatores de fundamental importância para a saúde do indivíduo.

O direito a saúde é de máxima importância para o desenvolvimento do ser humano e para uma vida digna, devendo ser respeitado seu grau mínimo a todos os cidadãos, cabendo ao Estado efetiva-lo por meio de políticas públicas que garantam condições saudáveis e dignas ao indivíduo, tratando e prevenindo possíveis enfermidades.

Observados os limites encontrados na efetivação do direito a saúde, tendo em vista as necessidades da população e a escassez de recursos, assim como a observância de princípios como o mínimo existencial, que deve ter sua garantia efetivada para que sejam garantidas as condições mínimas de existência e a grande necessidade da população frente aos escassos recursos de que dispõe o Estado para realiza-los. Assim, mesmo não tendo infinitos recursos, tem o Estado o dever de prover ao menos as condições mínimas e dignas a todos, não podendo deixar de forma alguma os indivíduos a mercê da própria sorte.

No que se refere ao dever do estado de fornecer saúde de qualidade a todos, relacionando este ao de fornecer tratamentos médicos e medicamentos de altos custos.

Assim como os não relacionados na lista do Sistema Único de Saúde. Rompendo as barreiras para a efetivação dos direitos sociais, e sabido da dificuldade de prover tudo a todos o Estado deve respeitar o mínimo, e caminhar sempre em direção ao máximo na medida do possível.

A constituição impõe ainda que este é direito de todos, por tanto, considera-se também direito à igualdade, igualdade de tratamento a todos os cidadãos. Dando especial atenção àqueles que não possuem condições financeiras para arcar com os altos custos de tratamentos. Assim não podemos esquecer, que quando falamos em direito a saúde, falamos da dignidade da pessoa humana e do direito maior de todo ser humano, a vida. A vulnerabilidade dos pacientes que sofrem por graves doenças pede um judiciário ativo, que lute pela realização da sua dignidade.

A questão toma maior grau de complexidade ao avaliar pontos como as demandas judiciais em que o direito encontra-se subjetivado ao indivíduo, problemática que envolve as demandas de direitos fundamentais sociais. As ações coletivas mostram-se uma das mais adequadas formas para questionar o poder judiciário quanto à efetivação de políticas públicas referentes ao direito à saúde, vez que insere a discussão em âmbito nacional, garantindo o direito da demanda não apenas ao indivíduo, mas a toda a sociedade.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

\_\_\_\_\_ **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**, Revista de Direito Administrativo n 217, 1999.

\_\_\_\_\_ **Constitutional Rights, Balancing and Rationality**, Ratio Juris, v.16, n.2, 2003.

\_\_\_\_\_ **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_ **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_ **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**, Revista Doxa n.5, 1988.

\_\_\_\_\_ **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.



BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Interesse Público. Velo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, 2007.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL, **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **Lei 8.080**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL, **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/18213cons.htm) > Acesso em: 5 abr. 2014.

BERNARDES, Edilene Mendonça; VENTURA, Carla Aparecida Arena. **A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os casos de violação dos direitos humanos relacionados à saúde envolvendo o Brasil no período 2003-2010**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 107-128, janeiro/junho de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Estado adjetivado e a teoria da Constituição**. In: Revista da procuradoria-geral do estado. v. 25, n. 56, 2002, p. 25-40.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAMPOS, C.E.A. **O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família**. Ciência e Saúde Coletiva, v.8, n.2, p.569-84, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14 ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 9 ed. Florianópolis: Conselho Editorial, 2008.

DALLARI, S.G.; FORTES, RA.C. Direito sanitário: inovação teórica e novo campo de trabalho. In: FLEURY, S. (Org.). **Saúde e democracia: a luta do CEBES**. São Paulo: Lemos, 1997. p.187-202.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da Constituição. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

IBANHES, L.C. A constitucionalização dos direitos sociais no Brasil: difusos e coletivos ou confusos e seletivos? **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, v.12, n.3, p.213-9, 2010.

L'ABBATE, S. **Direito à saúde: discursos e práticas na construção do SUS**. São Paulo: Hucitec, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUIZ, O.e.; KAYANO, J. Saúde e direitos: princípios para ação. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, v.12, n.2, p.115-21, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana dos Direitos Humanos**. Costa Rica, 1969.

MENDES, Aquilas; MARQUES, R.M. **Crônica de uma crise anunciada: o financiamento do SUS sob a dominância do capital financeiro**. In: -Encontro Nacional de Economia Política, 14., 2009, São Paulo. **Anais**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.apufpr.org.br/artigos/trabalho\\_eronia\\_de\\_uma\\_crise\\_anunciada\\_financiamento\\_sus\\_aquilas\\_mendes\\_e.pdf](http://www.apufpr.org.br/artigos/trabalho_eronia_de_uma_crise_anunciada_financiamento_sus_aquilas_mendes_e.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Pedro da Silva. **O Imponderável direito À saúde: uma discussão jurisprudencial a partir do marco teórico de Robert Alexy**. Acesso em: [https://www.academia.edu/4819187/O\\_Imponder%C3%A1vel\\_direito\\_%C3%A0\\_sa%C3%BAde\\_uma\\_discuss%C3%A3o\\_jurisprudencial\\_a\\_partir\\_do\\_marco\\_te%C3%B3rico\\_de\\_Robert\\_Alexy](https://www.academia.edu/4819187/O_Imponder%C3%A1vel_direito_%C3%A0_sa%C3%BAde_uma_discuss%C3%A3o_jurisprudencial_a_partir_do_marco_te%C3%B3rico_de_Robert_Alexy). 22.03.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível**.

In: SAMPAIO, José Adécio Leite(coord.). *Constituição e Crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Revista **Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 15/09/2009, p. 25.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. André Doederlein. **Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7º. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. 3d. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Keila; TANAKA, Oswaido Yoshimi. **Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação**. Revista Interface: Comunicação Saúde Educação, V.16, n.40, p.249-259, an./mar.2012.

SLAIBI, M.C.B.G. O direito fundamental à saúde. **BIS, Bol. Inst. Saude (Impr.)**, v.12, n.3, p.227-33, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

STRECK. Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

XIMENES, J.M. Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito. **Rev. Cient. Eletrônica ATENA**, v.2, p.14, 2007. Disponível em: <[http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos\\_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf)>. Acesso em: 3 jan. 2011.

