

# IMPLEMENTAÇÃO DE POLITICAS PUBLICAS DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Stella Villela Florêncio\*

\*Zaiden Geraige Neto\*\*

## RESUMO

O direito fundamental à saúde é considerado, atualmente, uma das mais importantes decorrências diretas do princípio da dignidade da pessoa humana. Para sua concretização, devem participar as três esferas de Poder; afigura-se igualmente indispensável a função exercida pelo Poder Judiciário de guardião dos direitos fundamentais. Neste contexto, cumpre reconhecer que a devida proteção ao direito à saúde, mormente no que tange aos seus aspectos prestacionais, é realizada pelo Judiciário, que deve garantir, respeitados os limites da divisão dos poderes e da prerrogativa de discricionariedade de conformação, a adequada atuação do Executivo e do Legislativo, ao menos no que se refere à adesão à dimensão promocional do princípio do mínimo existencial, que implica a devida moralidade e a eficácia das prestações administrativas e executivas, a fim de permitir sempre um mínimo de implementação do direito fundamental à saúde.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Direito à Saúde. Implementação de Políticas Públicas.

## RESUMEN

*El derecho fundamental a la salud está actualmente considerada como una de las derivaciones directas más importantes del principio de la dignidad humana. Para su ejecución, deben asistir a las tres esferas de gobierno; también es esencial para la función que desempeña la judicatura como guardián de los derechos fundamentales. En este contexto, hay que reconocer que ellos protegen adecuadamente el derecho a la salud, especialmente en lo relativo a sus aspectos prestacionales, está en manos del Poder Judicial que deberá garantizar el cumplimiento de los límites de la división de poderes y la prerrogativa de formar criterio, las medidas adecuadas Ejecutivo y Legislativo, al menos en lo relativo a la adhesión a la dimensión de promoción del principio de mínimo existencial, lo que implica la moralidad y la eficacia de las prestaciones administrativas y ejecutivas adecuada, por lo que siempre permiten un mínimo de ejercicio del derecho fundamental a la salud.*

**Palavras clave:** Derechos Fundamentales. Derecho a la Salud. Implementación de Políticas Públicas.

## 1 INTRODUÇÃO

O tão clamado direito a Saúde é num primeiro momento de fácil compreensão para qualquer homem médio, pois neste ponto eles apenas o observam no prisma de direito

\* Mestranda na área de Concreção e Tutela Coletiva pela Universidade de Ribeirão Preto. Advogada; stellavillela.adv@gmail.com

\*\* Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito do Mestrado Universidade de Ribeirão Preto/SP - UNAERP; zgneto@uol.com.br

fundamental. Todavia, quando analisado sob a ótica de sua real implementação observa-se que a colisão com outros princípios constitucionais e correlações com outras áreas do direito dificultam sua concreção.

Como resultado dos anseios da sociedade cumulados com o princípio básico de que o direito a saúde é direito fundamental iniciou uma corrente de judicialização dos direitos fundamentais sociais, onde o Poder Judiciário seria o garantidor final, mediante coerção, das políticas públicas constitucionalmente previstas. Todavia, esta manobra gerou diversas teorias argumentativas entre as três esferas de poder, principalmente quando os altos números de demandas que geraram, e geram de forma exponencial, um alto impacto orçamentário no Governo; prejudicando a implementação de outras políticas públicas como educação e segurança pública.

É nítido que o sistema de saúde brasileiro é caótico, arcaico e mal organizado. Porém, mesmo com todas as dificuldades enfrentadas ele ainda serve como modelo internacional, principalmente por sua universalidade de atendimento. Sendo que, em sua análise vemos que o problema não reside em sua legislação; e sim em sua ineficaz implementação de políticas públicas pelo Estado.

Assim, o direito fundamental á saúde tem alicerce constitucional expresso, pois se encontra explícito no texto da constituição de 1988 e, como se não bastasse, está de maneira clara engajado ao rol de direitos fundamentais, os quais deveriam gozar de atenção redobrada dos responsáveis pelo setor, fato este que não ocorre, pois muitas vezes os maiores obstáculos para sua concretização repousam na figura do Estado.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para uma boa compreensão do tema, do direito a saúde como obrigação estatal, é essencial afeiçoar o direito à saúde como direito fundamental; pontuando-o principalmente na ótica neoconstitucional. Deste modo, o estudo dos direitos fundamentais, sendo que em virtude da temática proposta será dado enfoque ao direito à saúde, é de vital importância para uma boa compreensão do estudo proposto.

A linha pós-positivista argumenta os princípios constitucionais, tais como a dignidade humana, o bem-estar de todos ou a igualdade, influenciando de forma direta a aplicação das leis e demais normas concretas. Portanto, nesta visão do direito “moralismo” o direito à saúde, mais do que pretensão ou competência, foi erigido à condição de direito fundamental. Nas palavras de Habermas (2003, p. 312):

A pretensão de legitimidade que acompanha as normas de direito e a prática legislativa, ao contrário da pretensão de validade normativa dos mandamentos morais, que é claramente delineada, apoia-se em tipos diferentes de argumentos.

Para Habermas a visão do direito era dividida entre moral e direito em vertentes distintas, sendo que a base de sua argumentação jurídica era se a moral poderia solucionar ou influenciar na base das regras e princípios normativos reconhecidos. Sendo que, o discurso somente possuiria conteúdo normativo se todos aqueles que fossem atingidos pela norma dessem o seu assentimento, ou seja, a norma somente será válida se houver aceitação pelo seu receptor.

Neste ponto, torna-se clara a importância do princípio da democracia para a concepção da cooriginalidade entre Direitos Humanos e soberania popular. Ele permite a constatação de que o Direito passa a ser concebido como o *médium da auto-organização da comunidade*, isto é, como o meio através do qual a comunidade deveria reger a sua auto-organização. Daí a necessidade de criação de um sistema de direitos (Direitos Humanos) que consistiria exatamente na linguagem condicionante da possibilidade de integração e o acordo mútuo de cidadãos. Esse sistema de direitos, portanto, não deveria apenas institucionalizar e possibilitar a formação racional da vontade política, mas, sobretudo, proporcionar o próprio *médium* através do qual cidadãos comprometidos uns com os outros pudessem tornar expressa e vinculante a sua vontade geral. (Habermas, 2003, p, 147)

Neste ponto, ao vermos o direito como produto das relações sociais, ele necessita do apoio dos grupos de interesses e dos movimentos sociais; pois podemos ter uma sociedade sem direito, mas não o direito sem uma sociedade. E quando falamos do direito fundamental a saúde esta premissa torna-se ainda mais evidente, como veremos ao discorrer do trabalho.

*El derecho es siempre el producto de un determinado orden de relaciones sociales [...] Em esse sentido, el derecho – cuando reconoce y garantiza los resultados de las luchas sociales – no puede sostenerse por sí mismo; necesita del apoyo (y de la crítica) de grupos de interés o de movimientos y organizaciones sociales que defienden cada uno por su lado diferentes formas de regulación de las relaciones sociales. Puede haber sociedad sin un derecho formalizado en códigos e institucionalizado en un Estado [...]. Pero no puede haber derecho sin sociedad. Las relaciones sociales – sean de sesgo emancipador o conservador – constituyen el motor que impulsa tanto a la creación como la transformación del orden jurídico. (PRONER; CORREAS, 2011, p. 13)*

Devemos considerar que, se almejamos estudar o tema saúde, temos que tratar primeiramente de direitos fundamentais de forma a situá-los nesse contexto, a demonstrar sua previsão constitucional, a busca o contexto histórico que o originou e, por fim adentrar em suas peculiaridades.

### 3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À SAÚDE

Quando abordamos o tema, direitos fundamentais, algumas considerações se fazem necessárias para a sua real compreensão. Inicialmente porque existe uma grande discussão do que seria de fato “direitos fundamentais”, vez que doutrinariamente existem uma

pluralidade de conceituações e terminologias, tais como: “direitos humanos”, “direitos individuais”, “direitos naturais”, “direitos civis”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdade públicas”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, que acabam por dificultar o seu bom entendimento. Para José Afonso da Silva *direitos fundamentais* são aqueles inerentes aos seres-humanos, e são delineados pela dignidade da pessoa humana.

[...] garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados (SILVA, 2008, p. 178).

Embora os termos direitos humanos e direitos fundamentais sejam utilizados em larga escala como sinônimos; adota-se neste trabalho como termos distintos. Sendo que, o primeiro guarda relação com os direitos naturais ao homem independente de positivação, enquanto o segundo limita a disciplinar os primeiros restritos a sua positivação constitucional (SARLET, 2009, p. 29). Neste sentido,

O critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de “direitos fundamentais”, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados especial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (SARLET, 2009, p. 31).

Ademais, a doutrina constitucional moderna rechaça a utilização das nomenclaturas “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdade públicas”, “direitos individuais”, “direitos naturais”, “direitos civis”, bem como suas variações semânticas, justificando que elas são divorciadas do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático e Social de Direito, visto que em algumas delas estão atreladas a categorias específicas de direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 28).

Os direitos humanos são dotados de uma atemporal evolução histórica (SARLET, 2009, p. 28), afinal, cujo advento, por tratar-se de um direito natural (BOBBIO, 1992, p. 26). ao homem, deu-se de forma natural e apenas foi aperfeiçoando-se dia-a-dia até a forma hoje conhecida, com a sua positivação. Portanto, os direitos fundamentais são consequência dos movimentos sociais que reivindicaram a positivação de seus direitos naturais, compreen-

dem, portanto, os verdadeiros anseios da sociedade neles inseridos, agregando-se aí sua validade.

O positivismo importa em fazer tudo o que está previsto em lei, e de acordo com esta ideia o direito positivo tem uma validade, ou seja, força vinculante; e, portanto, suas normas devem ser obrigatoriamente cumpridas, independente de seu conteúdo. Em torno da desilusão histórica do positivismo ideológico que os juristas criaram uma nova corrente jusfilosófica chamada de pós-positivismo, cujo principal objetivo foi inserir no âmbito da ciência jurídica os valores éticos indispensáveis da dignidade humana.

Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar uma barbárie praticada em nome da lei. A mesma tinta utilizada para escrever uma Declaração de Direitos pode ser utilizada para escrever leis do nazismo. (MARMELSTEIN, 2013, p. 10)

Após a depreciação do positivismo o natural seria repreciação do naturalismo. Todavia, ao contrário do esperado, surgiu o pós-positivismo que nada mais é que uma releitura do positivismo clássico, incorporando-o valores, em especial da dignidade humana. Em outras palavras o direito natural positivou-se, colocando os direitos humanos no topo da hierarquia normativa.

Anteriormente tudo girava em torno da lei, atualmente com o neoconstitucionalismo a lei cede espaço aos valores e princípios, ficando a estes subjugados, sendo os direitos humanos um “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 1998, p. 237), tornando “hoje a teoria dos princípios o coração das Constituições” (BONAVIDES, 1998, p. 253).

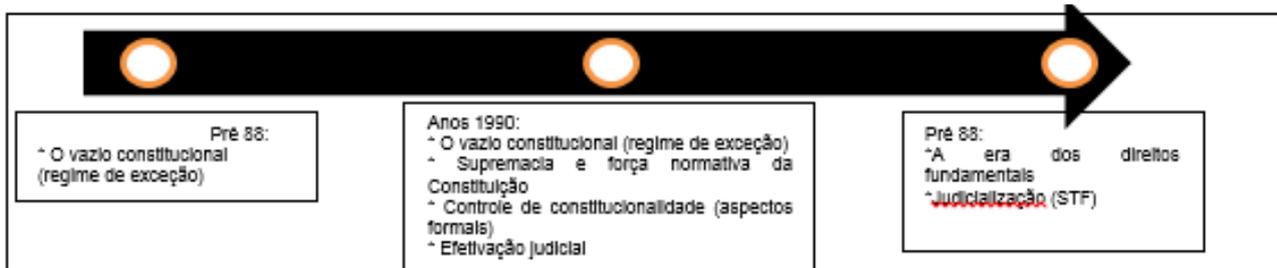
Portanto, com o neoconstitucionalismo os direitos fundamentais passou a ocupar um papel especial. Todas as suas disposições, sem exceção, devem ser consideradas pelos operadores como lei; lembrando que em termos hierárquicos os direitos fundamentais ocupam posição privilegiada no topo da pirâmide Kelsen, e, assim, caso ocorra conflito normativo estes devem prevalecer.

Consequentemente para compreender o significado de qualquer disposição do texto constitucional deve-se, primeiramente, ter em mente toda essa série de direitos fundamentais que, acima de tudo, se pretende sejam preservados no âmbito do Estado democrático (GUERRA FILHO, 2007, p. 29). Nesta exegese pode-se concluir a importância do tema em estudo.

Portanto, a ordem jurídico-constitucional centrou seus textos normativos na dignidade da pessoa humana, fundando uma verdadeira teoria de direitos fundamentais, que como aponta George Marmelstein é centrada nas seguintes premissas: a) crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico; b) defesa da positivação constitucional de valores éticos; c) crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que potencialmente

contraditórios; d) compromisso com os valores constitucionais, especialmente a dignidade humana (MARMELSTEIN, 2013, p. 12).

Atualmente, conforme veremos com mais detalhes ao longo do trabalho, a teoria dos direitos fundamentais ganhou relevância no cenário nacional a partir da Constituição Federal de 1988. Neste ponto, houve uma evolução do direito constitucional que pode ser descrita, de forma simplificada, através do seguinte gráfico:



Desde então, várias questões sociais extremamente relevantes para a sociedade brasileira passaram a ser debatidas em processos judiciais, e o Supremo Tribunal Federal tem-se tornado, com frequência o árbitro final dessas questões (MARMELSTEIN, 2013, p. 13).

Pelo que se observa existe hoje uma verdadeira banalização do uso da expressão direito fundamental vislumbrado isto pelas inúmeras interposições de ações cujo amparo legal (supostamente) reside no direito fundamental. Como por exemplo, a interposição de ação judicial exigindo do Estado à entrega de Viagra, arguindo que o sexo é um direito a saúde e dignidade humana.

Todavia, é importante ressaltar que direito fundamental não é isto. Ao contrário, o direito fundamental possui cunho ético; pautado em valores básicos ao homem médio para uma vida digna em sociedade. Mas o que seria uma vida digna? Vez que a dignidade humana (SARLET, 2005) é o ponto central dos direitos fundamentais.

Costuma-se dizer que o homem, pelo simples fato de sua condição humana é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Essa é a idéia básica de dignidade da pessoa humana, que na verdade, diz pouca coisa, já que é tautológica/redundante (MARMELSTEIN, 2013, p. 16).

Quanto à dignidade da pessoa humana temos as lições de Tavares:

[...] a dignidade da pessoa humana tem como fito tratar o homem como fim e não como elemento de produção, como uma máquina, como u instrumento a serviço de outros seres humanos ou como um objeto livremente manipulável. Dessa forma, o que se pretende por meio do princípio da dignidade da pessoa humana é considerar o homem um “ser em si mesmo” e não ‘instrumento a serviço de alguma coisa (TAVARES, 2006, p.65).

A dignidade da pessoa humana destaca dois substantivos: a vida e a dignidade, que devem ser observados conjuntamente para a aplicação deste princípio, pois “uma vida sem dignidade não é vida”; porém apesar de num primeiro momento nos parecer de fácil conjugação estes substantivos, sua aplicação, na realidade gera muitas dificuldades ao operador do direito. Isto porque a dignidade é altamente subjetiva.

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 59).

Neste seara preceitua Kloepfer (*In: SALET, 2005, p. 155*):

O tema ‘vida e dignidade do homem’ pode ser compreendido de diversas maneiras para efeitos de uma publicação em homenagem ao Tribunal Constitucional Federal. Poder-se-ia apresentar, critica e apreciar, por exemplo, a jurisprudência do Tribunal em relação ao direito fundamental à vida, por um lado, e em relação à inviolabilidade da dignidade da pessoa humana por outro. É bem verdade que a consideração em separado e de modo aditivo da vida humana, de um lado, e da dignidade da pessoa humana de outro, não faria jus ao tema de maneira totalmente abrangente. Em realidade, o tema só adquire a sua tensão específica quando se trata a vida e a dignidade da pessoa humana não de forma sucessiva, mas em conjunto, como uma unidade; quando se compreende o e não de forma consecutiva, mas de forma conjugada.

Todavia, a doutrina fixou alguns atributos para ajudar a identificar o que seria dignidade humana, são eles: a) respeito à autonomia da vontade; b) respeito à integridade física e moral; c) não coisificação do ser humano; d) garantia do mínimo existencial (MARMELSTEIN, 2013, p. 16).

Aplicando a dignidade humana ao tema em estudo (saúde), vemos que muito embora haja a proteção constitucional do direito fundamental à vida, para que ele seja efetivo depende da implementação de políticas públicas pelo Estado. Todavia, na maioria das vezes as políticas públicas implantadas cuidam de prever apenas o direito à vida, excluindo de sua apreciação a prestação do serviço com dignidade; quadro este facilmente vislumbrado ao visitarmos qualquer hospital público do país, onde pacientes são tratados com descaso e desrespeito pelo Poder Público, ou seja, com falta de dignidade (CRETELLA JUNIOR, 2000, p. 203).

Neste contexto, do direito fundamental à saúde, podemos citar como exemplo a disposição do artigo 196 da Constituição, que prevê o atendimento médico e hospitalar, de forma totalidade e universal, ou seja, desde a simples concessão de medicamentos até um

transplante. Porém, o Poder Público incorre em erro ao oferecer apenas o primeiro atendimento, deixando à míngua o indivíduo logo após, sem que ele tenha condições de fazer os demais exames, ou de adquirir os medicamentos necessários. Neste caso temos uma falsa ilusão de dignidade humana, pois de fato não há respeito algum ao direito fundamental à vida, apenas está sendo postergado o seu perecimento (SIQUEIRA, 2010. p. 24).

Devemos visualizar o princípio da “*dignidade humana*”, como o centro axiológico da concepção de Estado Democrático de Direito, isto porque por ser ele o ponto fulcral do direito fundamental e, sendo o direito fundamental a base constituição; a ofensa ou descumprimento deste princípio importa em ofensa a Constituição (BARROSO, 2003, p. 365).

[...] todo e qualquer ato estatal deverá ter, como base, ou como parâmetro inafastável, a dignidade da pessoa humana, sob pena de se tornar contrário às bases do Estado constitucional e democrático de Direito brasileiro (TAVARES, 2006, p. 64).

Em continuidade ao estudo dos direitos fundamentais é pertinente também analisar ao aumento excessivo no rol dos direitos fundamentais. Existem diversos posicionamentos em ambos os sentidos, alguns acreditam que o correto é mitigar o avanço da criação de novos direitos fundamentais (ANDRADE, 1998, p. 84), outros entendem não haver problema em aumentar-se tal rol, já que sua modificação (ampliação ou redução) é um processo natural da evolução da sociedade, ressalvando que eles apenas serão validos se forem um reflexo do avanço dos direitos humanos (evolução da sociedade). (MIRANDA, 2000, p. 166)

Em respeito à relevância contida em ambos os posicionamentos, o presente estudo optou pelo primeiro posicionamento. Primeiro, porque os direitos fundamentais por serem pautados em princípios e valores dispensa a positivação para o seu cumprimento. Por segundo, porque já sofremos hoje com um quadro generalizado de banalização dos direitos fundamentais, e o alargamento destes direitos (por acréscimo de outros) agravaria esta situação, gerando, conseqüentemente, uma desvalorização dos direitos fundamentais.

O que falta em nosso país não é a normatização ou regulamentação dos direitos fundamentais existentes, pois estes já nós são suficientes; o que nos falta é um “sentimento constitucional”, pois aqui não existe uma vontade nacional (em termos de mobilização popular) de efetivar os preceitos constitucionais. Korand Hesse (1991. p. 19). chama isto de “vontade de constituição”, e a aplica da seguinte forma,

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem de efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converte-se-à em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).

O não aumento de direitos fundamentais e a efetivação dos já existentes resultará, por certo, a atender aos quesitos necessários (básicos), ao menos neste momento. Portanto, não devemos envidar esforços pela efetivação de direitos fundamentais e, não para o seu alargamento (SIQUEIRA, 2010. p. 27). Quanto à efetividade, leciona Barroso (2006. p. 82-3):

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Portanto, o que precisamos é conseguir a efetividade dos direitos fundamentais existentes, pois para a maioria da sociedade o que temos são “direitos de papel”. Assim, ressalta-se que esta realidade somente será possível mediante implementação pelo Poder Público de políticas públicas “de fato” eficientes.

Os direitos fundamentais surgiram pelo anseio da sociedade, que travou lutas, reivindicou e, som isso, conquistou-os. Então, temos a certeza de que a mobilização da sociedade pode transformar, conquistar e efetivar estes direitos. Para isso, sua postura deve mudar, revelar-se, mostrando-se atenta, com vontade própria, não se acomodando apenas com o aumento do rol de direitos fundamentais, mas exigindo seu real cumprimento, sua real efetividade.

O princípio constitucional da universalidade da saúde determina que os serviços sociais formulados pelo constituinte para assegurar a saúde devem ser acessíveis a toda à comunidade, ou seja, o modelo adotado pelo Brasil é de que toda a sociedade contribuirá para o sustento do sistema único de saúde e dele todos poderão tirar proveito, de forma equânime, e estão estabelecidos Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8080/90).

Os princípios são um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe confere legitimidade. Traduzem uma concepção, apontam para a ação, para o objetivo, norteiam a operacionalização e a implementação de ações no serviço público e nos serviços privados de relevância pública. Definem o fazer da administração pública. Direccionam os atos administrativos. São ponto de partida e base de referência para o controle social do Sistema Único de Saúde. (Ministério da Saúde, 2003, p. 60)

No direito brasileiro, à universalidade se relaciona a gratuidade no acesso aos serviços, configuração expressamente atribuída à política pública instituída por meio do Sistema Único de Saúde. Os Estados Unidos, por outro lado, detém um modelo de saúde totalmente antagônico ao nosso chamado Medicare e Medicaid no qual o sujeito somente tem acesso a saúde via privada ou custeada por seu empregador. Mesmo sendo o país que mais gasta com a saúde (16% do PIB), cerca de 46 milhões de americanos não tem acesso a ela (DWORKIN,

2011, p. 431). Neste sentido o doutrinador Ronald Dworkin (2011, p. 431-2) verifica com base na máxima proporcionalidade o que seria um atendimento médico razoável:

Mas quanta assistência médica uma sociedade razoável deve tornar acessível a todos? Não podemos oferecer a todos a assistência médica que os mais ricos dentro nos podem comprar para si. Como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham?

A universalização da saúde pública prestigia objetivos de “maior coesão social (todos, independentemente da condição econômica, compartilham os mesmos serviços) e [...] evita ainda a tachação e a queda de qualidade que necessariamente acompanham os serviços públicos destinados exclusivamente aos mais pobres.” (FERRAZ). No modelo brasileiro à universalidade se relaciona a gratuidade no acesso aos serviços, configuração expressamente atribuída à política pública instituída por meio do Sistema Único de Saúde. O princípio da universalidade de atendimento possibilita o atendimento discricionário de todos, nacional ou estrangeiro, conforme a necessidade.

Todavia, para a máxima otimização deste princípio é necessário que administração pública adote instrumentos técnicos de planejamento administrativo, técnico e fiscal, pois a falta de identificação e tratamento dos problemas corretamente geram desperdício de toda ordem e impedem a qualidade e ampliação do sistema público de saúde. Ressalta-se que o planejamento é uma obrigação do administrador/gestor público.

O direito a saúde formulado como garantia de “acesso universal e igualitário”. Todavia, permeiam diversos questionamentos jusfilosóficos do que seria este tratamento igualitário:

Há uma atração imediata na idéia de que, se a igualdade é importante, deve ser principalmente a igualdade de bem-estar que importa, pois no conceito de bem-estar foi inventado ou pelo menos adotado, pelos economistas precisamente para definir o que é fundamental na vida, e não o que é apenas instrumental. [...] Os recursos são valiosos contanto que produzam bem-estar. Se decidirmos a favor da igualdade, mas depois definirmos a igualdade segundo os recursos não vinculados ao bem-estar que trazem, parecerá que estamos confundindo meios com fins e nos permitindo uma fascinação fetichista pelo que deveríamos tratar apenas como instrumental. Se quiser tratar as pessoas genuinamente como iguais (ou assim possa parecer), devemos empenhar em tornar as suas vidas igualmente desejáveis, e não apenas igualar seus saldos bancários (DWORKIN, 2011, p. 7-8).

O poder público deve oferecer condição de atendimento igual para todos. O que deve determinar o tipo e a prioridade para o atendimento é a necessidade das pessoas, por demanda própria ou identificadas pelo sistema de saúde e o grau de complexidade da doença ou agravo, e não a condição sócio-econômica dos usuários, ou outros critérios particulares.

Este princípio é de extrema importância na saúde porque trata da essência da dignidade da pessoa humana. A história da saúde pública no Brasil mostra que o cidadão brasileiro, que não podia financiar o seu “tratamento de saúde”, durante séculos, foi tratado como indigente. Quando algum benefício previdenciário era concedido, as autoridades políticas o tomavam como “favor pessoal”, tal como a justificção ao Projeto de Lei do Deputado Eloy Chaves, que propunha a instituição da Caixa de Aposentadoria e Pensões, em 1923, para os ferroviários:

Procurei evitar o auxílio demasiado aos inativos, ampliando aos verdadeiramente inválidos. Diminui progressivamente a importância das aposentadorias à medida que aumentavam os ordenados. Garanti ao empregado ferroviário esses favores de aposentadoria, qualquer que seja seu tempo de serviço, desde que fique incapacitado de exercer seu emprego por acidente havido no exercício do mesmo emprego.

Temos lamentavelmente, até hoje, uma “cultura do favor”, decorrentes do modelo de atendimento universal, vez que as pessoas têm em mente que por ser um atendimento oferecido de forma “gratuita” deve ser banalizando. Assim, o mau uso dos recursos financeiros com a saúde pública acaba gerando sua ineficiência ou escassez.

Mas alguns de seus mais veementes opositores argumentam que, além de estar errado nos detalhes e até mesmo na elaboração, estava fundamentado em uma idéia “socialista” inaceitável de que o governo deve cuidar do povo do berço ao túmulo, em vez de lhes permitir que assumam a responsabilidade pela própria vida (DWORKIN, 2011, p. 449).

Assegura a Lei Orgânica do SUS que é do gestor providenciar as condições, não só para a prestação de serviços de saúde, mas também, condições que ofereçam dignidade aos seus usuários. Que variam desde a garantia de acesso, até o modo pelo qual os serviços de saúde acolhem aos seus usuários. Todavia, é dever da sociedade cuidar para que o processo de construção de cidadania não sofra retrocessos e nem concessões.

A sociedade comprometida com a igualdade de recursos, de modo que o povo possa tomar suas próprias decisões acerca da vida que melhor lhe convier, incentiva, em vez de subverter, os princípios adequados da responsabilidade individual. Aceita que a intervenção do governo seja as vezes necessária para propiciar as circunstâncias nas quais é justo pedir aos cidadãos que assumam responsabilidade pela própria vida. Contudo respeita os juízos pessoais de necessidade e valor que os cidadãos tenham formulado nas condições adequadas, no exercício dessa responsabilidade. A meta está no âmago da concepção de igualdade em recursos. (DWORKIN, 2011, p. 449)

E não podemos olvidar dos serviços conveniados e contratados pelo Sistema Único de Saúde – SUS, que administrativamente estão exercendo função pública e devem, portanto, respeitar integralmente os princípios da administração pública (muitas vezes esque-

cidos). Este último sentido da universalidade pode ser relacionado a um dos sentidos do princípio da integralidade, prevista nas seguintes letras pelo texto constitucional:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

E ainda dispõe o art. 7º, II da Lei Orgânica do SUS (LOS): “entendida como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Não se deve, portanto, confundir observância da integralidade com uma visão reducionista do direito à saúde ao fenômeno da chamada “farmaceuticalização” da política de saúde. A “farmaceuticalização”, ao contrário da perspectiva da integralidade, aprofunda os riscos da fragmentação contra os quais este se contrapõe de modo direto e explícito, sendo, ao mesmo tempo, incapaz de promover a efetiva melhoria das condições de saúde e altamente dispendiosa para os cofres públicos. (BIEHL, 2009, p. 89)

Portanto, a integralidade de atendimento somente será possível através da racionalização de recursos. E, portanto, sendo o Judiciário como último poder de implementação do direito fundamental a saúde deve proceder com proporcionalidade entre a necessidade e a viabilidade do pedido. Para à eficiência do direito fundamental é preciso consubstanciar as dimensões do direito à saúde e as modalidades de atuação judicial, principalmente no que toca as consequências e as potencialidades decorrentes da judicialização (tanto para as demandas visando ao fornecimento de medicamentos, quanto para a política pública como um todo).

#### **4 LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO**

A doutrina estabelece que não existe propriamente limite constitucional a direito fundamental, pois eles são mera expectativa. Nestes casos o direito fundamental foi delineado de forma genérica e necessita de complementação legislativa para gerar direitos. Nesses casos, admite-se que o legislativo possui uma esfera discricionária de definição do direito, chamada de liberdade de conformação, ou também chamada de liberdade de definição. É o que explicam Dimoulis e Martins:

Alguns direitos fundamentais são enunciados de forma extremamente genérica. É o caso da garantia da propriedade (art. 5º, caput e inciso XXII, da CF), pois a Constituição federal nem sequer oferece uma definição de seu conteúdo. Em tais casos, a lei infraconstitucional deve concretizar o direito fundamental, isto é, indicar seu conteúdo e função, tal como faz o Código Civil em relação ao direito de proprieda-

de. Aqui o constituinte oferece ao legislador comum um amplo poder de definição. (DIMOULIS, 2007, p. 152)

Desta forma, o exercício do direito fundamental não será possível sem uma complementação infraconstitucional. Exemplificando, o direito fundamental à saúde somente torna-se possível através das inúmeras leis infraconstitucionais como as Leis n. 8.080/90 (Dispõe sobre o Sistema Único de Saúde) e 8.142/90 (Dispõe sobre a gestão do Sistema Único de Saúde), como também portarias e regulamentações.

Todavia, a regulamentação (concretização) de um direito pode gerar limitação do direito fundamental. Assim, o governo emitir a Portaria (Portaria 1.253/13) que determina prioridade na realização do exame a mulheres entre 50 e 69 anos e impõe restrições para as que têm entre 40 e 49 criou uma regulamentação ao direito fundamental à saúde, porém esta regulamentação limitou o direito universal a saúde. As próprias disposições constitucionais que garantem os direitos fundamentais preveem a reserva legal (DIMOULIS, 2012, p. 147). Sendo que, a reserva legal é um importante mecanismo constitucional implantado pelo constituinte para restringir a área de proteção do direito fundamental. Nesse sentido, Canotilho adverte:

Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isso significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido. (CANOTILHO, 2007, p. 788)

Há, porém, situações em que a própria Constituição estabelece que o legislador faça a concreção de um determinado direito fundamental, desde que o faça por meio de lei. É preciso, porém, diferenciar a reserva legal simples (também denominada de plena, absoluta ou ordinária) da qualificada (também denominada de limitada ou relativa). A reserva legal será simples quando houver a determinação constitucional de que um determinado assunto seja tratado apenas por meio de lei: “na forma da lei” ou nos “termos da lei” como, por exemplo, art.5, XV, XVIII, da CF. Quando a Constituição indicar tipo, finalidade ou meio de intervenção que o legislador poderá se valer teremos a reserva legal qualificada, como por exemplo, o art. 5º, XII, da CF.

Embora os direitos fundamentais sejam realmente limitados, como visto anteriormente, é preciso que essas limitações não sejam tão profundas a pontos de torná-los letra morta dentro do ordenamento jurídico. Para garantir que a atividade do legislador ordinário não possa efetivamente esvaziar de conteúdo os direitos fundamentais, surge a teoria segundo a qual as próprias limitações a tal classe de direitos sofre limitações: é a teoria dos limites dos limites.

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.(PIOVESAN, 2000).

Como adverte o professor Dimitri Dimoulis (2012, p. 159-0), “é proibido proibir o exercício do direito fundamental além do necessário”. Sendo que o mesmo autor Dimitri Dimoulis fazendo alusão ao preceituado pelos alemães Pieroth e Schlink menciona que a proteção dos direitos fundamentais via “limites dos limites” é delineada via sete categorias direta ou indiretamente positivadas no texto constitucional:

- a) Os próprios direitos fundamentais (na lógica da limitação dialética entre poder estatal e liberdade: os direitos fundamentais representam limites ao poder estatal, limites estes não absolutos, pois foram previstos no texto constitucional reservas legais além da possibilidade de direito constitucional colidente. Por sua vez, os direitos fundamentais limitam a possibilidade de o legislador limitá-los para que a função limitadora em si do direito fundamental não reste sem objeto); b) A reserva da lei editada no parlamento; c) O critério da proporcionalidade; d) Garantia do núcleo essencial; e) Proibição de lei limitadora regulamentadora de caso concreto; f) Dever de indicação explícita do direito fundamental a ser limitado pelo legislador; g) Observância dos princípios de Estado de direito da clara determinação da hipótese normativa.

Todavia, a dificuldade reside em como o Estado pode (deve) implementar as políticas públicas que visem a efetivação dos direitos fundamentais; principalmente quando elas colidirem com outros direitos constitucionalmente protegidos.

#### 4.1 POSTULADO (PRINCÍPIO) DA PROPORCIONALIDADE

Preenchidas as exigências de adequação e necessidade, passa-se para o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008. p. 116). Basicamente, esse princípio significa que se deve verificar se a vantagem obtida com a restrição ao direito fundamental é maior do que o prejuízo que dela advirá. Trata-se da ponderação dos bens propriamente dita.

O princípio da proporcionalidade é, na verdade, um instrumento, um critério (...) ou melhor, um método objetivo de interpretação, uma receita de bolo pronta, que se destina a solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais.(FERRAZ, 2009, p. 127)

Ambos os tópicos (núcleo essencial e proporcionalidade) guardam íntima relação, sendo que os direitos fundamentais que passam pelo teste da proporcionalidade não prejudicam o núcleo essencial dos direitos fundamentais restringidos. (SILVA, 2009. 197-9)

Com isso, chega-se à conclusão de que a garantia do núcleo essencial, prevista no art. 19, §2, da Constituição alemã, não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade, fornece ela mais uma razão a favor da vigência dessa máxima. (ALEXY, 2008. p. 301)

O dever do legislador de observar os direitos fundamentais está ligado ao surgimento da ideia da proporcionalidade no direito constitucional. Em que para harmonizar o interesse individual e coletivo foi necessário estatuir limitações aos direitos fundamentais que serão impostas via hermenêutica constitucional com base na ponderação.

Por essas razões a proporcionalidade é estudada com predileção e parece corresponder à atual postura de muitos integrantes do Poder Judiciário que considerem ser o emprego de técnicas abertas de ponderação algo que permita o aumento da intensidade de intervenção do Poder Judiciário no campo das decisões legislativas sobre os direitos fundamentais, sem abdicar da necessidade de oferecer justificativas jurídicas (DIMOULIS, 2012, p. 170).

Grabitz (*In* DIMOULIS, 2012, p. 170) afirmou que a proporcionalidade deriva do princípio do Estado de direito. Todavia, o princípio do Estado de direito garante tão somente a legalidade dos atos da Administração e a necessidade forma de reserva legal, sendo insuficiente para fundamentar a validade da proporcionalidade enquanto critério de controle de constitucionalidade.

Por meio da regra da proporcionalidade podemos analisar a legitimidade das limitações a direitos fundamentais, para verificar se eles respeitam a justa medida (direitos naturais), a correlação entre causa e efeito dos direitos fundamentais e o caso concreto.

São tradicionalmente apontados como submáxima da proporcionalidade: a adequação, a necessidade (exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito. Sendo que a aplicação delas levará em consideração o preceituado na máxima da proporcionalidade (SILVA, 2009. p. 46).

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa dizer que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza. (ALEXY, 2008, p. 117).

Os dois primeiros decorrem dos mandamentos da otimização em face as possibilidades fáticas onde à idoneidade é meio para atingir o fim (adequação) e à substancial

utilização (necessidade). O terceiro decorre da ideia da “relativização das possibilidades jurídicas, o que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e se sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade” (ALEXY, 2008. p. 117). A teoria alexyana da máxima proporcionalidade possibilitou o rompimento do núcleo rígido da Constituição.

Por outro lado, a proporcionalidade significa não só a necessidade de limitar a restrição de direitos fundamentais (proporcionalidade em sentido negativo), como também a obrigação do Estado de proteger de forma eficiente os bens jurídicos mais caros à sociedade (proporcionalidade positiva).

Como afirma Ingo Sarlet (2003, p. 111), “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros, para mais (excessos) ou para menos (deficiência), configuram irretorquíveis violações ao princípio”.

## 5 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são direitos naturais do homem, resultado de conquistas sociais, que emergiram de maneira gradual no tempo, e, continuam a se aperfeiçoar com as constantes mutações sociais. Nesta seara, surge a necessidade de positiva-los, tornando-os, efetivamente direito; todavia por serem normas pragmáticas não surtiu a efetividade que espera-se. As políticas públicas foram então a alternativa encontrada pelo legislador como forma de efetivação dos direitos constitucionais. Todavia, observa-se que o Estado na edição de tais políticas não tem levado em conta o interesse social, fazendo com que elas percam a legitimidade, e, conseqüentemente a efetividade que lhe é atribuída.

Apesar dos direitos fundamentais serem institucionalmente considerados como ilimitados, compreende-se que na verdade eles sofrem limitação, seja por outros direitos coletivos, ou, por simplesmente não representar a vontade do povo. Vez que, a intenção do legislador é garantir a máxima efetividade aos direitos fundamentais. Justifica-se, portanto, a interferência do Judiciário quando o Estado agir em omissão ou comissão com políticas públicas que não correspondem com a vontade do povo.

O direito fundamental à saúde, apresenta-se como direito subjetivo, com dimensões negativas: refere-se a uma abstenção de o Estado não fazer, no sentido de não afetar, não agredir a saúde; e positivas: no sentido de que todo indivíduo tem o direito de exigir do Estado o cumprimento do direito fundamental à saúde. O texto constitucional prevê expressão relevância pública, para tratar dos serviços e ações referentes à saúde. Desta forma, o constituinte cuidou de prever a necessidade do poder público em desempenhar com responsabilidade as ações e serviços de saúde, por representarem, como bens essenciais para o ser humano viver com dignidade. Logo, instalou-se mais uma garantia a toda coletividade

no que se refere à necessidade de se efetivar via políticas públicas o direito fundamental à saúde.

Desta forma, temos que a mera previsão do direito fundamental à saúde não reflete sua efetividade, mas, neste sentido, devem ser previstos mecanismos hábeis para tal, visto que o poder público, que tem o dever de efetivar este direito, muitas vezes busca eximir-se disto por questões econômicas, fato que enseja a prática daqueles mecanismos que irão coagi-lo à efetivação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª ed. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRETELLA JUNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichker - UGF. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MINISTERIO DA SAÚDE - FUNASA. *Cronologia Histórica da Saúde Pública: uma visão histórica da Saúde Brasileira*.

PIOVESAN, Flávia. *A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas*. In *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PIOVISAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissão legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIOVISAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Liminad, 2002-b.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1998. *Revista direito e democracia*. Nº 01. Canoal: ULBRA, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 3, n. 12. Porto Alegre: 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia*. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela coletiva do direito à saúde*. Franca: Lemos e Cruz, 2010.  
VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.