UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

JANINY KARLA PEREIRA DA CÂMARA RIBEIRO

A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

NATAL/RN

2015

JANINY KARLA PEREIRA DA CÂMARA RIBEIRO

A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Constituição e Garantia de Direitos).

Orientadora: Profº Doutor José Orlando Ribeiro Rosário

NATAL/RN

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE – UFRN
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – CCSA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Mestranda: JANINY KARLA PEREIRA DA CÂMARA RIBEIRO

Título: "A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada pela seguinte banca.

BANCA EXAMINADORA

_____

Profº. Doutor José Orlando Ribeiro Rosário – UFRN

Orientador

_____

Profº Doutor Yanko Marcius de Alencar Xavier - UFRN

1º Examinador

_____

Profº Doutor Robson Antão de Medeiros - UFPB

2º Examinador

NATAL/RN

2015

Dedico este trabalho ao meu saudoso pai, a minha querida mãe, ao meu inspirador e amado esposo e a minha tão esperada e já amada filha, Isabela.

“Os que confiam no senhor serão como monte de Sião, que não se abalam, mas permanecem para sempre”. (Salmos 125:1).

AGRADECIMENTOS

A Deus, por toda sua infinita bondade e proteção e por presentear a mim, meu esposo e nossa família com a herança e promessa que será nossa filha Isabela.

Ao meu saudoso pai José Fernandes e minha querida mãe Ivonete Câmara, meu maior orgulho, por todo amor, dedicação e valores transmitidos.

Ao meu amado esposo Eugênio, pelo amor dedicado a mim e pilar que forma o meu porto seguro, por toda paciência, carinho, dedicação e incentivo.

Aos meus irmãos Janaína, James e Jefferson, cunhados e cunhada, sobrinhos e sobrinhas, pelo carinho e compreensão que sempre dedicaram a mim.

Aos meus sogros José Orlando e Daura Amélia, pelos incentivos, lições e conhecimentos inestimáveis.

A todos os colegas da minha turma no Mestrado, especialmente, as amigas Catarina França, Fernanda Priscila e Sheila Barreto, pelo carinho, amizade, conversas nos corredores da UFRN, palavras de incentivo essenciais para prosseguir nessa jornada.

Ao meu orientador, Professor Drº José Orlando Ribeiro Rosário, pelo apoio, prestatividade e incentivo durante toda pesquisa, aos Professores Drs. Maria dos Remédios Fontes Silva, Patrícia Borba Vilar Guimaraes e Yanko Marcius de Alencar Xavier, pelos ensinamentos, dedicação e paciência para solucionar todas as dúvidas surgidas durante o Mestrado.

A todos os professores do Programa de Pós-graduação em Direito que contribuíram para conclusão desta dissertação.

RESUMO

O presente trabalho, arraigado na linha de pesquisa pela busca da efetividade dos direitos fundamentais sociais, tem como objeto o direito social à saúde. Somente com a Constituição Federal de 1988 é que o direito à saúde ganhou o legítimo tratamento de direito fundamental social que é. De outro ponto, verifica-se que o desejado pela Constituição Federal não é o que acontece na realidade, causando um grande contrassenso entre o desejado e a vontade dos administradores. Isso ocorre porque, a efetividade do direito fundamental social à saúde e a realidade são marcados pelo que vem passando o Brasil no âmbito da saúde pública, em um verdadeiro caos. Dessa forma, o presente estudo visa analisar a legislação nacional, programas nacionais como a criação do Sistema Único de Saúde que preveem o direito social à saúde, examinando, também, as prováveis causas que impedem a efetividade de um direito fundamental social universal e igualitário aos que necessitam em prol de um mínimo existencial digno. Por fim, tendo em vista as disparidades socioculturais existentes no Brasil, será abordado a necessidade da participação dos cidadãos no sistema social político através das audiências públicas de saúde, utilizando como marco teórico o filósofo Jürgen Habermas na democracia deliberativa. Assim, surge a possibilidade de um estudo sistemático da saúde pública brasileira, consentindo a legitimação das políticas públicas de saúde através da democracia deliberativa, minimizando a atuação do poder judiciário nesse âmbito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Democracia deliberativa. Direitos fundamentais sociais. Efetividade.

ABSTRACT

The present work, ingrained in the research line for the search of effectiveness of the fundamental social rights, has as objective the social right to health. Only with the 1988 Federal Constitution, the right to health gained the legitimate treatment indeed. On the other hand, it seems that what is required by the Federal Constitution is not what happens in fact, causing a huge discrepancy between what is desired and the administrators' willingness. This occurs because the effectiveness of the fundamental social right to health and the reality are marked by what Brazil is going through in the context of the public health, a real chaos. Thus, the present study aims at analysing the national legislation, national programs such as the creation of the Sistema Único de Saúde – SUS (Unified Health System) which guarantees the social right to health, examining, as well, the possible causes that prevent the effectiveness of a universal and egalitarian fundamental social right, for the ones in need in favor of a existential decent minimum. At last, given the existing sociocultural differences in Brazil, it will approach the necessity for citizen participation in the political social system through public health hearings, using as a theoretical framework the philosopher Jürgen Habermas in the deliberative democracy. Therefore, it arises the possibility of a systematic study of the Brazilian public health, consenting the legitimacy of public health policies through the deliberative democracy, withdrawing or minimizing the action of the judiciary in this scope.

KEYWORDS: Right to health. Deliberative democracy. Fundamental social rights. Effectiveness.

LISTA DE SIGLAS

ART – Artigo

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

CNS – Conselho Nacional de Saúde

EC – Emenda Constitucional

IAP – Instituto de Aposentadoria e Pensão

SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TCU – Tribunal de contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 12
2. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO BRASIL E SUA VALORAÇÃO.....16
2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO BRASIL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....17
2.2 A ORIGEM DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....20
2.2.1 A saúde como direito fundamental social prestacional.....21
2.2.2 O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS.....22
2.2.3 Os avanços e desafios atuais do SUS.....24
3. OS MECANISMOS ESSENCIAIS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO BRASIL 26
3.1 O DIREITO À SAUDE SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....27
3.2 A EFETIVA DEMOCRATIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....31
3.3 O CONTROLE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....33
3.3.1 O Estado como agente garantidor das políticas públicas.....34
3.3.2 A necessidade do princípio do mínimo existencial e a possibilidade do princípio da reserva do possível.....37
3.3.3 O Direito à saúde e a Proibição do Retrocesso social.....42
4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....46
4.1 OS RISCOS DECORRENTES DA OMISSÃO ESTATAL DIANTE DO DIREITO FUDAMENTAL À SAÚDE.....47
4.2 AS ESCOLHAS TRÁGICAS NO CENÁRIO BRASILEIRO POR EFEITO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E EXECUTIVA.....51
4.2.1 O injusto inadimplemento dos deveres estatais.....53
4.2.2 Princípio da eficiência administrativa.....57

4.2.3 Princípio da legalidade e competência legislativa.....61
4.3. UMA PONDERAÇÃO ACERCA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES À LUZ DO PRINCIPIO DA LEGALIDADE.....64
4.4 AS NORMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSTITUCIONALIZADAS.67
4.5 A DESTINAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS NA REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE.....69
5. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO PARÂMETRO PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAUDE.....74
5.1 O CONTROLE SOCIAL PROPOSTO PELA COSTITUIÇÃO FEDERAL.....76
5.2 A PARTICIPAÇÃO DOS CONSELHOS NA GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA.78
5.3 A TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO POR JÜRGEN HABERMAS.....81
5.4 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAIS À SAÚDE EM FACE DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA.....85
5.5 AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO MEIO DE PARTICIPAÇÃO ATIVA.....87
5.6 A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO *ÚLTIMA RATIO* À EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....92
6. CONCLUSÃO.....97
REFERÊNCIAS.....101

1. INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, deve-se observar que a justiça social tornou-se um dos pilares no âmbito da Carta Magna, em especial no que diz respeito ao direito à saúde, tendo assim, o Estado buscado a lentos passos cumprir o direito prestacional, atuando de forma a não ofender a dignidade da pessoa humana.

Hoje no Brasil, as políticas sociais estão incluídas em atividades governamentais no âmbito federal, estadual e municipal, em cooperação com a sociedade civil. A busca incessante pela resolução do problema no campo prático das políticas econômicas e sociais no Brasil deixa a sociedade descrente com a vivência diária no cenário crítico em que se encontra o poder público.

Paralelamente, o Estado tem por diretriz a satisfação dessas necessidades seja de interesse individual, seja de interesse coletivo, o que conduz o poder do indivíduo em agir, ou seja, de participar das decisões do Estado de forma direta, obtendo a efetividade dos direitos amparados constitucionalmente.

Como se sabe, na democracia deliberativa o governo deve ser organizado democraticamente, havendo assim a influência diretamente da vontade dos indivíduos, levando-se em consideração que as decisões legítimas e eficientes são fundamentadas na vontade da maioria, assim a participação dos indivíduos vai além da mera participação eleitoral, estabelecendo assim, uma participação efetiva no domínio da esfera pública.

As questões sociais, especificamente o direito fundamental social a saúde, deve ser elemento de apreciação de todos, considerando que em uma sociedade democrática, o poder público é dominado pelo discurso. Assim, a democracia deliberativa conserva a possibilidade de um diálogo continuado entre o administrado e o administrador.

Para o presente estudo merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo atualmente tipificado como princípio basilar do direito fundamental social do Estado Democrático de Direito, que pretende vincular a lei aos ideais de justiça.

Assim, há muito, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é a base de todas as constituições e orientador do poder estatal, representando no presente estudo uma vinculação da Administração Pública ao atuar protegendo o ser humano e garantindo a sobrevivência com dignidade. Deste princípio decorre o princípio da eficiência administrativa, pois, para que haja uma vida digna, necessário se faz a atuação do poder público de forma eficiente à cumprir o que está determinado na legislação, priorizando o fornecimento de serviços públicos adequados.

O princípio da dignidade da pessoa humana independe de qualquer condição imposta pelo ordenamento jurídico. A prevalência deste princípio significa que a vida digna da pessoa humana é considerada como valor constitucional supremo.

Destaque-se que a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, ainda que atuando na qualidade de regulador dos mandamentos Constitucionais, deve obediência aos princípios constitucionais já citados.

Ao atuar em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e da eficiência administrativa, a administração pública estará, pelo que determina a Constituição federal, defendendo as relações sociais, trazendo assim no campo da eficácia, o equilíbrio entre do bem-estar social, com as oportunidades que influenciam a vida do indivíduo, os quais tem por escopo propiciar a justiça social.

Assim, o presente estudo tem como objetivo geral a busca pelo progresso do direito à saúde no sistema brasileiro, propondo, elementos que permitam uma democracia mais eficaz, conforme proposições de Jürgen Habermas.

Os objetivos específicos serão analisados de forma a solucionar a problemática da efetividade da saúde pública no Brasil, estudando os meios hábeis para que o direito assegurado constitucionalmente demande maior eficácia no âmbito administrativo, sem a necessidade de recorrer ao poder judiciário, deixando a sociedade civil satisfeita com a resolução do problema.

O presente trabalho ressalta a efetividade e a eficácia do direito fundamental social a saúde na esfera estatal, sendo essencial demonstrar a real importância desse direito frente ao quadro atual em que se encontra a saúde pública. Neste sentido, o poder público tem feito em seu processo de

concretização, as escolhas, frente as limitações orçamentárias para implementação dos direitos constitucionais.

Com a ação do poder judiciário, em caso de extrema necessidade, na efetividade das políticas públicas, não se pode deixar de abordar a separação dos poderes, que serve para harmonizar e equilibrar um país, ressaltando que os poderes não exercem funções exclusivamente típicas, mas também as funções atípicas, havendo assim a possibilidade de "fiscalização" de um poder pelo outro e tornando com isso legítima as decisões judiciais diante da inércia do poder público.

Será feito um estudo acerca da efetivação e valoração dos direitos fundamentais sociais no ordenamento brasileiro com ênfase na evolução histórica dos direitos fundamentais sociais, passando pela análise das dimensões, eficácia e valores desses direitos e completando com o esboço do direito à saúde no ordenamento pátrio, com enfoque do surgimento do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e como direito fundamental que é.

Subsequentemente, será analisado a democracia deliberativa sob o ponto de vista de Habermas, buscando a real importância e efetividade para a estruturação social. Abordando ainda nesse ponto os princípios da eficiência administrativa e da dignidade da pessoa humana, somados a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional, com a relevância dos serviços públicos adequados, dos gastos da administração pública com a saúde e a priorização desse direito fundamental.

Ao final, será discutido a participação do judiciário como *última ratio* na formação democrática, cuja análise terá enfoque no ativismo judicial e seus limites diante do princípio da separação dos poderes e na aplicação das multas em caso de descumprimento judicial. Nesse ponto, ainda será abordado as peculiaridades e efeitos da intervenção judicial na concretização do direito à saúde.

Diante do que foi relatado, é relevante demonstrar a importância da democracia deliberativa, onde o indivíduo inserido em um Estado social e democrático de direito, não deve permanecer como mero espectador de seu destino, mas sim, participar de forma igualitária dos processos de formação democrática, alcançando a coletividade e agregando legitimidade às decisões

tomadas na esfera estatal. Ressaltando que a presente pesquisa busca somente investigar como melhor contribuir para expandir os meios de solucionar/concretizar o direito à saúde diante de uma sociedade tão necessitada e do caos em que se encontra no nosso sistema brasileiro.

Nesse sentido, no segundo capítulo, será analisado o contexto histórico que retrata no Brasil a evolução do direito fundamental social à saúde antes e após a Constituição Federal de 1988, onde a sociedade civil se organiza para reivindicar melhorias no sistema brasileiro no âmbito da saúde, buscando a igualdade dos administrados.

No terceiro capítulo, busca-se apresentar os meios para a efetivação do direito fundamental social à saúde no Brasil, com a ampliação dos direitos sociais e políticos, tentando combater a ineficiência dos institutos existentes que não se empenham a solucionar os problemas no âmbito da saúde, causando o descontentamento dos cidadãos.

No capítulo quatro, será abordado a responsabilidade civil do Estado, levando em consideração a omissão estatal e a limitação do recurso orçamentário para adimplir as obrigações assumidas, averiguando-se como o Estado pode tomar alguma medida restritiva na esfera das obrigações sociais, sem que desta haja uma violação dos princípios da vedação do retrocesso social e da eficiência administrativa.

Dito isto, no último capítulo, será analisada a teoria de Habermas que trata do tema da democracia deliberativa, onde se busca a conquista do direito fundamental social à saúde pela sociedade civil, sobretudo no que diz respeito à participação popular nas decisões da administração pública em relação a elaboração das políticas de saúde, conquistado durante a redemocratização do Brasil, assegurado constitucionalmente.

Nesta perspectiva, o direito fundamental a saúde é assunto cada vez mais discutido no âmbito do poder judiciário, abarrotando esse de processos, uma vez que poderiam ser solucionados de uma forma democraticamente livre, onde os indivíduos por meio da participação nas decisões estatais, poderiam estar alcançando os seus interesses, sem a necessidade de se chagar ao poder judiciário.

A metodologia utilizada é a indutiva e o método de abordagem bibliográfico, jurisprudencial e normativa.

2. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO BRASIL E SUA VALORAÇÃO

Falar da concretização do direito fundamental social à saúde no Brasil é algo que marca as reivindicações dos menos favorecidos ou desprivilegiados a um direito de participar do bem-estar comum, onde a presença do Estado se faz necessária para cumprir as ações voltadas a solucionar os problemas sociais, tendo por alvo a proteção aos mais fracos diminuindo as desigualdades sociais.

Os direitos fundamentais sociais reclamam do Estado uma ação positiva que proporcione uma vida digna e tente igualar situações sociais desiguais.

Com ênfase, vislumbra-se que os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais.

Por tal motivo, a essência dos direitos fundamentais sociais nada mais é do que a inclusão dos direitos do homem no ordenamento jurídico de um Estado, mas isso não ocorre somente com a positivação, necessário se faz a efetividade desses direitos no âmbito social.

Assim, o indivíduo como sujeito de autonomia moral e intelectual revelou a declaração dos direitos do homem, nascendo dessa declaração, o direito fundamental, que compõe o domínio próprio dos cidadãos.

Com o passar dos tempos, verifica-se que os direitos fundamentais sociais têm um desempenho democrático, posto que o exercício da democracia do poder materializa-se pela participação de todos os indivíduos para a sua realização.

Dito isto, os direitos fundamentais sociais na atualidade são o que há de se considerar como mais importante porque o Direito de um Estado democrático deve ser constituído/desconstituído tendo como parâmetro o aperfeiçoamento de sua realização[1].

Para uma melhor compreensão do papel dos direitos fundamentais no meio social, imprescindível se faz a existência da afinidade que se deve ter entre o indivíduo e o Estado, numa constante interação. Assim, uma autoridade estatal não pode por exemplo, decidir livremente à sua conveniência sobre as construções de hospitais com base em critérios de custos.

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO BRASIL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Inicialmente, é importante ressaltar que a evolução histórica do direito fundamental social à saúde no Brasil, está intimamente relacionada com a evolução político social do país, assim, esse processo progride para inúmeras modificações com grandes avanços, como também com infelizes retrocessos.

A intervenção do Estado nos serviços de saúde vem desde a época colonial, tendo sua real efetivação no Brasil República, por tal motivo, a fragilidade das medidas tomadas na área da saúde no período colonial, levava a sociedade a lutar por conta própria contra as doenças e a morte.

Tinha-se no período colonial uma preocupação mínima com a saúde pública no Brasil, onde no século XVII a colônia portuguesa da América era identificada como “inferno”, onde os escravos africanos e os colonizadores brancos tinham poucas chances de sobrevivência. Diante do problema sanitário, o órgão responsável pela administração das colônias, criou os cargos de físico-mor e cirurgião-mor para zelar pela saúde da população. No entanto, essas funções permaneceram por muito tempo sem ocupantes no Brasil, pois eram poucos os médicos que aceitavam essa proposta, devido aos baixos salários, e os poucos

---

[1] WILLIS FILHO, Santiago Guerra. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 1997, P. 09.

médicos que se abrigaram no Brasil encontraram muitas dificuldades para exercer a função[2].

Em fase subsequente, a corte portuguesa entra no Brasil trazendo mudanças na administração pública colonial, principalmente na área da saúde, fazendo da cidade do Rio de Janeiro o centro de ações sanitárias. Com os principais clínicos atuando na cidade do Rio de Janeiro, criou-se a academia de medicina que funcionou como órgão consultivo do imperador nas questões ligadas a saúde pública nacional.

Os raros hospitais públicos a as santas casas criadas no Brasil colônia para acolher os enfermos, possuía condições precárias de atendimento, onde doentes de todos os tipos se misturavam num mesmo leito e é evidente que tais tratamentos somados a falta de higiene faziam com que as famílias e os enfermos temessem esse tipo de procedimento, onde o resultado só poderia ser a morte.

Na história brasileira a fase colonial terminou sem que o Estado resolvesse os problemas típicos da saúde pública. Assim, mantinha a fama de ser um dos países mais insalubres do planeta.

Com o passar dos anos, em um progresso nacional, temos a proclamação da República, onde diante da necessidade de atualizar a sociedade e a economia com o mundo capitalista, a medicina assumiu o papel de guia do Estado para assuntos sanitários, comprometendo-se a garantir a melhoria da saúde individual e coletiva[3].

Têm-se diante da evolução brasileira, a atuação na saúde pública incentivada pelo governo republicano em combater as ondas de epidemias[4] no país, recebendo os médicos incentivos do governo federal para ocupar cargos na administração pública, atuando na fiscalização sanitária da população.

Dentre as novidades no Brasil República, está a participação do Estado na área da saúde de forma globalizada, não se limitando apenas a atuar quando a nação fosse acometida pelos surtos epidêmicos, mas a todo o tempo e abrangendo todos os setores. Infelizmente, as autoridades republicanas não atuaram com ânimo no setor da política social, pois o Estado preocupou-se em

---

[2] BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da Saúde Pública no Brasil.** São Paulo: Editora ática, 2011, P. 05.
[3] Idem, p. 12
[4] Epidemia é o aparecimento e difusão rápida e passageira de uma doença – infectocontagiosa ou não – que atinge um grande número de pessoas ao mesmo tempo.

beneficiar os investimentos na expansão da produção, privilegiando os com maiores poderios econômicos, deixando de lado a parte mais pobre da sociedade.

Ultrapassada a fase republicana, chegamos à era Vargas, em que a saúde pública tornou-se um bem inquestionável, sendo o seu cumprimento um dever estatal, surgindo outra configuração social nos centros urbanos.

No ano de 1930, Getúlio Vargas realizou importantes reformas na administração pública, sendo uma delas a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública, garantindo assim o bem-estar sanitário da população. Assim, com o surgimento de novas demandas sociais, dentre elas a seguridade social, o Estado era provocado a atuar como garantidor. O modelo intervencionista no Brasil no âmbito social data as décadas de 1920 e 1930, quando os direitos sociais foram atrelados à posição do indivíduo no mercado de trabalho[5].

Nesse sentido, foi no governo de Getúlio Vargas que surgiram fatos importantes como: a saúde institucionalizada pelo Ministério da Educação e Saúde Pública; os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP); a Previdência social e saúde ocupacional institucionalizada pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

A Constituição de 1934 (chamada de Constituição dos Estados Unidos do Brasil) objetivando implementar condições dignas para a população brasileira cria uma estrutura de proteção aos chamados direitos sociais, foi a primeira a mencionar expressamente o direito à saúde.

Em que pese os empenhos da Constituição de 1934 em proteger os direitos sociais, a carta de 1937 tratou de impedir a efetividade dos direitos fundamentais, reunindo o poder no âmbito do Executivo. Sendo assim, a competência para legislar sobre o direito a saúde passou a ser de competência privativa da União.

A Constituição de 1946 restringiu a força do poder Executivo e robusteceu a do poder Legislativo, reintroduzindo os direitos sociais, econômicos e culturais, trazidos pela Constituição de 1934. A Constituição de 1967 e a EC nº 01/69 basicamente repetiram a organização das Constituições anteriores, sem alterações de significado importante no que diz respeito do direito à saúde.

---

[5] PAIM, Jairnilson Silva. **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios.** Disponível em http://download.thelancet.com/flatcontentassets/pdfs/brazil/brazilpor1.pdf. Acessado em: 02 de mar. de 2015, P. 14.

No entanto, apesar desses progressos terem sido importantes para a proteção social da saúde pública, foi apenas no ano de 1953 que se criou o Ministério da Saúde e 35 anos se passaram até a criação do SUS (Sistema Único de Saúde), havendo ainda grandes desafios a serem encarados pelo Estado e sociedade brasileira.

2.2 A ORIGEM DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Carta Magna de 1988 colocou o Estado como figura fundamental na concretização da justiça social, encarregado de promover os direitos sociais e criar as políticas públicas voltadas para eliminar as desigualdades sociais. Assim, é importante que, em estrito cumprimento das disposições constitucionais os direitos fundamentais sociais sejam concretizados[6].

Pode-se afirmar que foi na Constituição de 1988 que se firmou a proteção do direito fundamental social à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana em contornos próprios, ainda não consagrados pelas Constituições anteriores.

Com os novos ares Constitucionais e a abertura política, permitiu-se ver o tratamento diferenciado ao direito fundamental à saúde no Brasil, proporcionando uma ideia de mudança radical em busca da efetividade pelas ações estatais.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 elenca expressamente em seu artigo 6º o direito fundamental social a saúde, o que assegura a sua real efetividade e eficácia. Ainda assegura o direito à saúde como uma necessidade vital básica a ser abrangido pelo salário mínimo, quando trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais em seu artigo 7º, inciso IV.

Com ênfase na importância do referido direito, a Constituição de 1988 cuidou ainda em elencar em seus artigos 34, inciso VII, alínea “e” e 35, inciso III, a intervenção da União nos Estados e Distrito Federal, como também dos Estados

---

[6] BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, P. 434.

em seus Municípios, em situações onde estes entes não apliquem o mínimo exigido da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento dos serviços públicos de saúde respectivamente.

Em seguida, em seção própria, o artigo 196 reconhece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, deixando bem claro que o constituinte elegeu o direito à saúde como um direito fundamental, garantido ainda mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde possui natureza jurídica de direito difuso, na medida em que a Constituição trata-o como um direito social, ou seja, direito de todos, caracterizando-se por uma pluralidade de titulares indeterminados, bem como pela indivisibilidade do objeto de interesse. Nada mais atual do que a disciplina jurídica estabelecida na Carta Magna na garantia do direito à saúde como um direito público subjetivo exigível contra o Estado[7].

Assim, o Estado obrigou-se a prestações positivas, conforme a estrutura trazida pelo artigo 198, onde respalda a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), encarregado de organizar, no plano regional, as ações do Ministério da saúde e dos serviços de saúde municipais e estaduais.

Além disso, as políticas sociais praticadas pela administração pública devem ser no sentido de atender integralmente, dando prioridade as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais em ampla participação da comunidade, mediante financiamento de recursos do orçamento da seguridade social, além de outras fontes.

2.2.1 A saúde como direito fundamental social prestacional

Em casos específicos os direitos sociais atribuem aos cidadãos um direito imediato a uma prestação efetiva, desde que haja expressa previsão constitucional. Assim, é o que ocorre com o direito fundamental social à saúde,

---

[7] ROCHA, Julio Cesar de Sá. **Direito da Saúde: Direito Sanitário na perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos.** São Paulo: Editora LTr, 1999, P. 46.

necessitando ser prestado por meio de um programa nacional de saúde, com acesso gratuito e universal.

Parece indiscutível que a prestação dos serviços de saúde como dever do Estado, obriga a este a colocar a disposição da população o atendimento médico-hospitalar, o fornecimento de medicamentos para todos os tipos de tratamentos de saúde, a concretização de exames médicos, procedimentos cirúrgicos e outros.

A efetividade da norma Constitucional depende necessariamente do interesse do Estado na sua execução, como também na estrutura fornecida para o cumprimento dessa norma, buscando promover o direito fundamental à saúde a toda população de forma igualitária.

Assim, ao Estado cumpre o papel de executor do direito fundamental à saúde, criando elementos hábeis a agirem na defesa desses interesses, promovendo a forma mais eficaz de subsidiar o direito tutelado.

Vê-se que o artigo 3º, inciso III da Constituição traz como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a redução as desigualdades sociais e regionais, onde os direitos sociais prestacionais estão atrelados às funções estatais, como um Estado social democrático, buscando a igualdade no cumprimento dos deveres exigidos constitucionalmente.

Almejar do Estado prestações positivas de cunho social, condiz com a plena realização da condição humana, assegurando a descrição da norma Constitucional, preservando, protegendo e recuperando a saúde.

Vislumbra-se, portanto, uma inovadora estrutura do direito social prestacional, que surgiu com a Constituição Federal de 1988, descrevendo um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, assegurando os direitos relativos à saúde, sendo um deles a reafirmação do caráter de relevância pública das ações e serviços de saúde, com a criação do SUS – descentralizado, com atendimento integral e participação social – constituído pelos serviços públicos com rede regionalizada e hierarquizada[8].

---

[8] ROCHA, Paulo de Medeiros. "**A Saúde no Brasil Contemporâneo: dimensões da crise".** CASTRO, Janete Lima de, Jacinta Maria Moraes Formiga, Rosana Lúcia Alves de Vilar (orgs.) **Política e Gestão em Saúde: Reflexões e Estudos.** Natal: Editora Observatório RH NESC/UFRN, 2006, P. 72.

2.2.2 O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS

O Sistema Único de Saúde foi criado em sistema de organização para se antecipar aos problemas de saúde existentes na população e tentar solucioná-los da melhor maneira possível. Nesta leitura, a burocracia não poderia ter vez.

Desde a regulamentação do SUS, 25 anos se passaram e até os dias de hoje o sistema enfrenta importantes desafios para efetivar suas diretrizes e princípios. Ao estabelecer a saúde como direito do cidadão e dever do Estado, movida pela ideia da seguridade social, a Constituição cuidou de formalizar as ações no campo da saúde para que houvesse uma evolução prática dos serviços mantidos pelo Estado.

As Leis n.º 8.080/90 e 8.142/90, – Leis Orgânicas da Saúde – cuidou a primeira de regulamentar as condições para a promoção, proteção, recuperação da saúde, organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, atribuindo à direção nacional do SUS a responsabilidade de elaborar o planejamento estratégico nacional no âmbito do SUS em cooperação com os Estados, Municípios e o Distrito Federal. Enquanto a Lei 8.142/90, confere ao SUS o apoio dos conselhos de saúde e das conferências, como também órgãos de instância colegiada cuidando da avaliação, proposição de diretrizes e formulação de estratégias para as políticas de saúde em todas as esferas do governo.

O SUS terá o processo de orçamento e planejamento a ser realizado de forma ascendente desde os Municípios até a União, compatibilizando as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

Há então, uma responsabilidade solidária de todos os entes federados com a saúde da população que, como necessidade humana básica, é estratégica para a qualidade de vida e, por via de consequência, para o bem-estar individual e coletivo[9].

---

[9] Ministério da Saúde. **Sistema de Planejamento do SUS: uma construção coletiva.** Brasília/DF. 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_planejamento_sus_v1_3ed.pdf. Acesso em: 12 de mar. de 2015.

O SUS foi regulamentado na condição de verdadeira garantia institucional fundamental do direito à saúde, suplantando as tentativas anteriores que não obtiveram êxito. Assim, o acesso às ações e serviços de saúde devem ser garantidos a toda a sociedade, buscando diminuir as desigualdades diante da defesa da igualdade material.

A Lei do SUS tem importante papel ao traçar as atribuições e objetivos do sistema, ressaltando fatores determinantes da saúde para um bom fornecimento de assistência às pessoas, dando prioridade e concretizando os princípios delineados na Lei. Ocorre que, as premissas ali delineadas nem sempre são cumpridas de forma plena, esbarrando num limite orçamentário variável diante do surgimento de novas necessidades, consoante será analisado em tópico oportuno.

2.2.3 Os avanços e desafios atuais do SUS

O SUS foi regulamentado no início da década dos anos noventa, em profunda crise econômica brasileira, com estagnação do crescimento, tendo a reforma sanitária prioridade secundária na agenda política do Brasil. Assim, surgiu o conceito de saúde na perspectiva de articulação de políticas econômicas e sociais

A consolidação do Sistema Único de Saúde passa por grandes desafios e avanços relevantes para uma importante implantação do planejamento como função imprescindível.

Fundamental para um bom processo de planejamento é a participação dos profissionais da área da saúde, para que haja uma real mudança, fazendo-se necessário a adesão em massa desses profissionais. O poder, em saúde, é realmente um poder compartilhado[10].

A mobilização dos profissionais em torno do processo de planejamento do SUS, têm contribuído para grandes avanços registrados nestes 25 anos da sua

---

[10] RIVERA, Francisco Javier Uribe, Elizabeth Artmann. **Planejamento e Gestão em Saúde: conceitos, história e propostas.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012, P. 95.

regulamentação, viabilizando a missão das organizações e o momento tático-operacional.

Na área da saúde os problemas são sempre estudados no campo político, social, econômico e cultural, pois as resoluções de suas causas dependem de um bom gerenciamento, como também dos aspectos organizacionais e operacionais.

Os problemas podem ser classificados em intermediários, finais, atuais ou potenciais. Os intermediários são os problemas-meio que não se relacionam diretamente ao produto final, sendo necessário o seu enfrentamento para viabilizar a missão das organizações, como também dele depende a qualidade dos produtos finais. A exemplo, temos a incumbência de um posto de saúde ou de um hospital que têm a mesma missão, ainda que em diferentes níveis de complexidade, qual seja, à prestação de serviços de saúde à população, sendo necessário em ambos enfrentar os problemas como a organização de lavanderias, contratar serviços terceirizados, resolver o problema de gerência do ambulatório e outros. Os problemas finais referem-se à missão institucional, que são àqueles vividos pelos usuários, pela população que justifica a existência da organização. Os problemas atuais são os que se manifestam hoje, na atualidade. Os potenciais referem-se aos processos tendenciais que levariam à expressão de problemas no futuro, os quais necessitariam de uma atuação preventiva. Como exemplo, temos problemas específicos de saúde, como as doenças, que podem não se manifestar como problemas hoje, mas se nada for feito, podem no futuro se tornar de difícil enfrentamento, além de gerar outros problemas correlacionados[11].

Nesse sentido, há um conjunto deficitário no controle dos custos e na eficiência das ações envolvidas pelo poder público.

Considerando a importância de reconhecer e enfrentar os problemas e os desafios do SUS, exige-se um posicionamento atualizado de planejar neste âmbito, favorecendo assim, a aplicação de todo o seu potencial, confirmando de forma efetiva a concretização desse sistema.

Uma das diretrizes do SUS é a percepção de um modo geral da saúde e uma amostra original de atenção dela decorrente, sendo a atenção à saúde uma das colunas estruturantes dos sistemas públicos.

---

[11] Idem, P. 98

Uma segunda diretriz é o que ocorre atualmente em movimento de reorganização e de modernização dos exercícios em saúde através da Capacitação Permanente e dos Programas de Capacitação e Atualização Profissional em vários planos, para diferentes classes profissionais e para programas específicos, criados pelo Ministério da Saúde.

Nesse raciocínio, é inegável a necessidade de elaborar instrumentos que colaborem para uma melhor aplicação das oportunidades e para ultrapassar os desafios, entre eles, os que permitam o desenvolvimento de hábitos de monitoramento na União, nos Estados e Municípios. Destacando como um desafio atual a importância do financiamento pleno do SUS.

Verifica-se que o maior desafio enfrentado pelo SUS é o desafio político, mostrando a necessidade de um conjunto de valores fornecidos pelos entes administrativos e a sociedade, aliados aos órgãos de fiscalização da gestão pública, almejando uma melhor estrutura em seu funcionamento.

A legitimidade da Constituição Federal impõe ao poder político uma responsabilidade, sendo esta em proteção ao direito à vida, consagrando os direitos fundamentais com a cláusula de imutabiliadade. Na saúde pública, entendida de forma ampla, abrange não só o interesse comum da União, Estados e Municípios, como também a importância da efetivação do direito à saúde e o alto custo dos processos preventivos e curativos a empregar. O sistema nas três esferas deverão fazer com que o direito à saúde deixe de ser um mero discurso e passe a respeitar a norma coonstitucional e se tornar nas políticas públicas para o bem comum, um direito à saúde humanizado, de todos.

A saúde pública concebe um grande campo de atuação, cujos limites expandem-se aos mesmos limites do conceito de saúde como bem-estar físico, psíquico e social, conforme recomendado pela Organização Mundial de Saúde[12].

3. OS MECANISMOS ESSENCIAIS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO BRASIL

[12] AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil.** São Paulo: Quartier Latin, 2007, P. 51.

A sociedade necessita viver dignamente e o Estado em seu papel primordial efetivar as ações no campo da saúde pública em acordo com a Constituição e as Leis. A saúde pública é o efetivo exercício do poder tornado à saúde da sociedade e à saúde do indivíduo. O conhecimento de mecanismos essenciais à efetivação do direito à saúde no Brasil é de suma importância para a temática da proteção a esse direito em comento.

Será analisado em seguida o tratamento que é dispensado pelo ordenamento jurídico à questão da efetividade do direito fundamental social à saúde, buscando demonstrar meios de evoluir com exata compreensão no direito à saúde.

3.1 O DIREITO À SAUDE SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana. Isso só ocorre quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. Os direitos fundamentais destinam-se a assegurar a esfera de liberdade do indivíduo frente a intromissões do pode público. Ao mesmo tempo, a Lei fundamental, que não quer ser de nenhum modo uma ordem neutra perante valores, erigiu nos direitos fundamentais uma ordem axiológica-objetiva, e nela se expressa, com valor de princípio, um robustecimento da força normativa dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, cuja a medula radica na personalidade humana, atuando livremente no seio da sociedade constituída, bem como na dignidade da pessoa, deve vigorar como decisão constitucional básica em todas as esferas do direito: dele recebem orientação e impulso a legislação, a administração e a atividade jurisdicional[13].

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, estabelecido no Art. 1º, inciso III da CF. Tal princípio necessita valer para toda Constituição como meio interpretativo, sobre a qual a República Federativa deve se ajustar.

---

[13] HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Texto selecionado e traduzido por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, P 37-38.

A Constituição Alemã estabelece em seu art. 1º, § 1º que: “a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público”[14]. Dessa forma, sustenta-se que a Constituição Alemã instituiu um direito absoluto[15].

Sob o argumento de que o princípio da dignidade da pessoa humana é relevante, mais especificamente no caso do direito a saúde, sua natureza pode ser entendida tão somente se ele foi violado ou não, o certo é que, tratando-se de direito à vida, os seus comandos não podem ser ignorados sem qualquer consequência jurídica.

Nesse contexto, merece atenção os seguintes ensinamentos que retrata o Direito à vida, essencial no campo dos direitos fundamentais sociais, envolvendo dois situações, são elas: o Direito à existência – que refere-se ao direito de sobreviver, de defender, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável; Direito à dignidade - corolário do direito à existência, figura o direito de desfrutar a vida com dignidade[16].

Desta forma, o direito à saúde está integrado ao direito à vida, alicerçada pelo principio da dignidade da pessoa humana, com possibilidade de uma vida digna, decifrada sob o prisma de uma humanização sensível, afetiva e eficiente da Constituição Federal.

A gênese da solidariedade, se expressa com o intento comum de melhoria e avanço na qualidade de vida de todos que compõem o grupo social, definindo um dos grandes desígnios do ser humano que é ter uma sociedade que proporcione a todos os integrantes a igualdade material. Desta forma é que os direitos sociais foram positivados, garantindo condições mínimas de existência a todos os seres humanos, em atenção aos mais necessitados. A saúde opera nesse grupo de direitos, que necessitam do empenho do Estado para sua

---

[14] **Constituição Alemão.** Disponível em: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf. Acessado em: 14 de abril de 2015.

[15] Consoante aponta Robert Alexy, “A razão para impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade da pessoa humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, P.111.

[16] KIMURA, Alexandre Issa. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Juarez Oliveira, 2005, P. 394.

proteção. Para proteção dos direitos sociais é indispensável que o Estado atue com medidas intervencionistas buscando promover os direitos sociais na sociedade, em busca do ideal da igualdade material[17].

Como se entende, a saúde se projeta no universo dos direitos do ser humano, indivíduos iguais em direitos e dignidade. Deve-se fazer a luta por um direito à saúde concretamente digno.

O Estado deve ser o garantidor direto das políticas públicas sociais. Sendo que, a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal[18].

O direito à saúde é por conceito e garantia dado pelas Constituição Federal, Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais, em defesa da vida com a disponibilidade e acessibilidade de uma saúde justa.

Neste contexto, o que se deseja esclarecer, é que a dignidade da pessoa humana adquire caráter de grande importância, sendo utilizado como meio para a identificação de direitos implícitos e, como também em outras situações da Constituição Federal. Assim, esse princípio não é exclusivo, uma vez que, podem ser utilizados em outros casos, como por exemplo, o direito à vida e à saúde na hipótese do meio ambiente, ou mesmo a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, no caso da fundamentação das decisões judiciais e administrativas[19].

Pode-se destacar que, no que aqui se relata, assumindo uma posição de destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, sofrendo violação, pode implicar na perda de sentido de se viver em uma República, já que esta abstém seus próprios fundamentos. Essa é uma das possibilidades de se exigir a prestação positiva por parte do Estado, com relação ao direito à saúde.

O Estado deve atuar de forma a não ofender a dignidade da pessoa humana e a liberdade do indivíduo, mas acima de tudo proteger os direitos individuais e coletivos, como os princípios que o norteiam.

---

[17] AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil.** São Paulo: Quartier Latin, 2007, P. 58.

[18] ROCHA, Julio César de Sá. **Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Ltr, 1999, P.102.

[19] SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, P.101.

O inciso III, do art.1º da Carta Magna consta como medida central do ordenamento pátrio, o núcleo axiológico sobre o qual está estabelecido o Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da República. Este é um valor constitucional que abrange todo o ordenamento jurídico brasileiro, norteando todas as atividades do Estado, inclusive dos poderes executivo, legislativo e judiciário, bem como de todos os deveres particulares.

Merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, como sendo basilar do direito fundamental do Estado Democrático de Direito, que pretende vincular a Lei aos ideais de justiça. Desse princípio decorre o princípio da liberdade e tem como objetivo fundamental, tutelar o ser humano em sua vida digna, livre, justa e solidária conforme preceitua o artigo 3º da Constituição Federal.

Assim, há tempos, a dignidade da pessoa humana é o orientador do poder estatal, representando uma vinculação da administração pública à atuar protegendo o ser humano, garantindo o viver com dignidade.

Sabe-se que a condição de pessoa humana há de ser compreendida nas relações sólidas que o homem institui, tanto com as outras pessoas, quanto nas relações entre estas e os poderes públicos. Outrossim, impõe-se ante qualquer contexto social ou circunstância particular.

Conforme analisado anteriormente, a dignidade da pessoa humana se relaciona diretamente ao mínimo existencial, ou seja, certos bens, oportunidades ou direitos cuja falta é tida por inadmissível na medida em que se acenderia a existência do ser. Cite-se, por exemplo, o direito de acesso à saúde básica.

Por sua vez, é o presente entendimento sobre a relação Estado e direitos do homem, como embasamentos no aparelhamento da sociedade política do mundo moderno temos o Estado de Direito. Os direitos humanos estabelecem a assistência aos desamparados, em um ambiente igualitário e cheio de regras de convivência que garantam a todos, o respeito à dignidade. Essas normas devem atingir tanto os governantes, como os governados[20].

---

[20] AITH, Fernando. **Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos".** BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: reflexão sobre o conceito jurídico.** São Paulo: saraiva. 2006, P.226.

Parece claro, a responsabilidade do poder público, posto que, a pessoa encontra-se em pleno gozo de sua dignidade, qualidade intrínseca reconhecida à cada ser humano, fazendo-se merecedor do respeito por parte da administração pública.

Afigura-se de grande importância a lição de que o princípio da dignidade da pessoa humana, como sendo valor fundamental, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, determina e pressupõe a importância e a tutela dos direitos fundamentais de todas as gerações. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade[21].

O princípio da dignidade da pessoa humana independe de qualquer condição imposta pelo ordenamento jurídico. A prevalência desse princípio significa que a vida digna da pessoa humana é considerada como valor constitucional supremo.

Neste sentido, deve o ordenamento jurídico priorizar o reconhecimento e proteção da igualdade em dignidade de toda ser humano, para que se receba, por parte da sociedade, do Estado e de todos os seus órgãos, igualdade de respeito.

Portanto, não há que se falar apenas em tutelar a dignidade de uma determinada pessoa, mas a dignidade de toda e qualquer pessoa, de forma igualitária; há de se restringir todo meio de discriminação referente a origem, religião, sexo ou qualquer outro modo que discrimine desprovido de proporcionalidade, posto que o tratamento igualitário não exclui a possibilidade de tratamento desigual, mas sim a de que este se processe de maneira injustificada e desarrazoada.

3.2 A EFETIVA DEMOCRATIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Com a Constituição de 1988, a democratização das políticas públicas ganhou diversos contornos no Brasil. Na luta pela busca de uma maior participação popular, pró-democratização, a atual Constituição trouxe o

---

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, P.88-89.

reconhecimento direto dos cidadãos no exercício do poder. Podemos constatar nas diversas disposições.

A Carta Maior prevê: que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular; Que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com a diretriz da participação da comunidade; Que as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base na diretriz da participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Os princípios constitucionais condicionaram também diversas normas, sobretudo no que diz respeito às normas ordinárias das ações no âmbito social, marcando de uma vez no Brasil a participação popular.

A participação da sociedade evoluiu de uma concepção de participação como a mera incorporação dos indivíduos em ações assistenciais e comunitárias, predominante nos anos 50, até os movimentos populares de reivindicação, com forte conotação política, da década de 80[22].

A "Constituição cidadã", foi garantidora de muitos benefícios à sociedade civil. Nesse contexto, as normas democráticas participativas foram uma das principais conquistas para a democracia brasileira e para as mudanças no desenvolvimento no país.

Para a efetiva democratização das políticas públicas, indispensável se faz que a participação da sociedade no âmbito estatal, ocupem seus lugares cooperando para a edificação de uma cultura política favorável ao fortalecimento do debate público na inclusão de novos valores na esfera das instituições democráticas.

Com base nessas perspectivas fica fácil vislumbrar o valor da participação popular na decisão e execução das políticas públicas. Na prática, com a derrocada da separação entre a administração pública e a sociedade civil, esta passa a participar de forma efetiva das decisões e da implementação das políticas

---

[22] GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica**. São Paulo: Cortez editora, 2001, P.50.

públicas. São exemplos dessa participação na elaboração das políticas públicas, as audiências públicas, as consultas públicas, o plebiscito administrativo, o referendo, a comissão de usuários, as entidades de utilidade pública, dentre outros[23].

A sociedade com o seu pluralismo de interesses, levam à ampliação da participação popular, modificando os novos tempos da administração pública, havendo uma descentralização de políticas públicas. Assim, descentralizando os serviços públicos de forma eficiente aumentaria o bem-estar da sociedade.

A participação popular, propicia um novo padrão de relações entre o Estado e a sociedade ao viabilizarem a participação dos diferentes segmentos sociais na formulação das políticas sociais, os conselhos possibilitam à população o acesso aos espaços onde se tomam decisões políticas e criam condições para um sistema de vigilância sobre as gestões públicas, implicando em maior cobrança de prestação de contas do executivo[24].

Desta maneira, verifica-se como principal finalidade da participação, o de fazer com que o cidadão esteja cada vez mais próximo das instituições estatais e possibilitar que estes considerem as opiniões e necessidades populares antes de tomarem qualquer decisão ou executá-las, tornando desta forma a participação ativa.

3.3 O CONTROLE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No âmbito da administração pública tem-se o controle interno e o externo. O controle interno é o exercido pelo órgão ou entidade responsável pela atividade no campo de sua própria estrutura. Como exemplo, tem-se o controle administrativo exercido pelos superiores hierárquicos nos atos dos seus subordinados dentro de uma entidade pública. O controle externo ocorre quando órgão estranho a administração pública exerce controle sobre os atos praticados

---

[23] PEREZ, Marcos Augusto**. "A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas".** BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas públicas: Reflexão sobre o Conceito Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006, P.171

[24] GOHN, Maria da Glória. **Os Conselhos de Educação e a Reforma do Estado: Em Conselhos Gestores de Políticas Públicas.** Maria do Carmo A. A. Carvalho e Ana Cláudia C. Teixeira (orgs.). São Paulo: Pólis, 2000. P.52.

por ela. Como exemplo, um ato do poder executivo anulado por uma decisão judicial, tem-se aqui o controle dos atos administrativos realizados pelo poder judiciário.

Tem-se ainda o controle externo popular, onde os administrados verificam a regulação da atuação da administração pública visando a concretização do interesse público e impedindo a prática dos atos lesivos à coletividade.

A Constituição Federal de 1988[25] tratou do controle também no âmbito da administração pública, a menção a tal direito em seu texto deixa claro a preocupação do constituinte à atividade estabelecendo alguns dispositivos que este controle deverá ter o objeto bem delimitado:

Desta forma, é importante enfatizar que os dispositivos acima elencados deixam claro a obrigatoriedade de informar qualquer irregularidade que haja no campo da administração pública ao Tribunal de contas, amenizando assim os atos ilegítimos.

3.3.1 O Estado como agente garantidor das políticas públicas

As políticas públicas podem ser instrumentos por meio do qual se efetiva os programas políticos fundamentados na intervenção estatal visando garantir igualdade de oportunidades aos indivíduos e, assim, assegurar as condições de uma essência digna a todos[26].

---

[25] BRASIL, Constituição da República Federativa do, (1988). Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.
§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

[26] Nesse contexto, importante apresentarmos a lição trazida por Nilson do Rosário que "Considera-se como política pública o espaço de tomada de decisão autorizada ou sancionada por intermédio de atores governamentais, compreendendo atos que viabilizam agendas de inovação em políticas ou que respondem a demandas de grupos de interesses". COSTA, Nilson do Rosário. **Políticas públicas, justiça distributiva e inovação: saúde e saneamento na agenda social.**, São Paulo: Hucitec, 1998, P.07.

Pelo princípio da legalidade, o Estado deve ser o principal agente garantidor dos direitos dos indivíduos, pelo papel que lhe cabe de formular e implementar as políticas públicas. A efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal tem limites de ordens diferentes, principalmente no que diz respeito a economia, o que impossibilita sua efetivação de forma imediata. Ocorre que, as disposições contidas na Carta Magna, principalmente nos direitos sociais, devem ser cumpridas de forma integral para a garantida da dignidade da pessoa humana.

É certo que o fundamento das políticas públicas está na importância dos direitos fundamentais sociais, de índole prestacional, aqueles que se concretizam mediante prestações positivas do Estado.

A política social rompe com o que era adotado pelo Estado brasileiro no passado. Posto que, essa política social se baseava na tutela do Estado sobre as iniciativas da sociedade civil. Divido essa visão patriarcal, mesmo quando atuando para proteger direitos sociais, o Estado agia autoritariamente, negando a participação popular e criando obstaculos a inovação de uma consciência pública. O Estado Brasileiro sempre defendeu a cultura do privilégio. Assim, o que predominava era a reprodução das desigualdades sociais.

Em todo tempo, a opção do papel ativo do Estado na promoção dos direitos sociais, sempre foi de suma importância para se ter uma igualdade e liberdade social em vida digna. Assim, é que se criou uma nova moldura para o Estado, tornando-se agente ativo no desenvolvimento dos direitos sociais e instância incentivadora de políticas públicas, na proteção de direitos sociais.

O ponto central é a participação e a responsabilidade estatal na intenção de garantir o bem-estar da sociedade. Os direitos sociais visam a efetivação por meio das políticas públicas ou dos programas de ações governamentais.

Nesse contexto, verifica-se que as políticas públicas são implementos das normas legais ou constitucionais, meios apropriados para sua efetivação ou um reforço para execução da lei. Não somente obras simplesmente políticas ou de governo, os chamados atos de gestão. Assim as políticas públicas são modos de idealização para o cumprimento dos serviços públicos. Em todo âmbito estatal deve-se possuir políticas públicas de forma ampla e precisa, na busca pela melhor execução de suas atividades. As principais políticas públicas são: política

econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política previdenciária, política de saúde e política de segurança pública[27].

A reivindicação para que haja uma atuação positiva do Estado, ressalta a grande dificuldade para a efetivação das políticas públicas pertinentes aos direitos sociais. Assim, uma política pública não condiz com um ato isolado, mas sim com uma série de atos, nem com a inércia do poder público no que diz respeito à prática de determinados atos.

As políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro se desenvolvem no âmbito social e econômico, voltadas para o desenvolvimento do País. Desta forma, o desenvolvimento é a principal política pública, anuindo e harmonizando todas as demais. Ressalte-se, que as políticas públicas, sobretudo aquelas voltadas para a concretização dos direitos sociais, estão intimamente ligadas à compreensão de desenvolvimento.

Necessário se faz destacar que a análise das políticas públicas está diretamente relacionada ao atual estágio de desenvolvimento da atuação do Estado para a realização dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais[28].

O Estado, como organização política da sociedade, possui sua existência focada na promoção e proteção dos direitos fundamentais sociais, sendo que o desenvolvimento de um Estado será tanto maior quanto maior for a rede de proteção de tais direitos, por meio de políticas públicas eficazes[29].

Destaque-se que a Constituição Federal caracteriza-se como regulamento, do ponto de vista político e jurídico, para efetivação dos direitos fundamentais sociais, caracterizando para as políticas públicas como instrumentos de ação do Estado brasileiro visando tal escopo.

Merece ênfase, em que as políticas públicas devem ser pautadas com o aspecto representado por cada ente estatal, através de seu ordenamento, e esta regra existe influência significativa nos efeitos mais importantes do processo

---

[27] SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, P.34-35.

[28] BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, P.211.

[29] AITH, Fernando. "**Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos".** BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: reflexão sobre o conceito jurídico.**. São Paulo: saraiva. 2006, P.219.

político, pois, conforme os preceitos definidos, haverá vantagens ou desvantagens para os vários participantes do processo. Quem tem as decisões políticas nas mãos deve estar empossado de autoridade formal para determinados atos, já que terá, em consequência, autoridade para comprometer os recursos estatais. Nos Estados democráticos, as decisões passam pelo crivo tanto do poder Legislativo como do poder Executivo. As decisões políticas costumam ocorrer nos panoramas institucionais, onde congregam a população para participar do processo político. Os objetivos desses participantes[30].

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, quando se fala em direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, temos os direitos a prestação em sentido estrito, prestações essas previstas de forma expressa[31].

Os direitos fundamentais sociais, não se tornam concretos só pelo fato de se respeitarem ou se ampararem, necessitam antes de tudo das ações do Estado disposta a realizar o programa contido nelas[32].

Desse modo, a forma de organização estatal e suas características, terão uma função decisiva na manifestação e expansão da munição estatal face aos interesses dos indivíduos de uma sociedade.

O Estado é a organização dada pela sociedade política nacional para que os direitos sejam gerados e resguardados. O fim do Estado é garantir os direitos de cada indivíduo que o integram, e toda ação que o Estado desenvolve deverá ser feita com a finalidade de proteger esses direitos. Quanto mais evoluído for o ordenamento jurídico de um Estado, maior será a proteção dada aos direitos dos indivíduos[33].

3.3.2 A necessidade do princípio do mínimo existencial e a possibilidade do princípio da reserva do possível

---

[30] DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa**. Curutiba: Juruá, 2008, P.248.

[31] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, P.499.

[32] HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Texto selecionado e traduzido por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, P.49.

[33] AITH, Fernando. **Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos".** BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: reflexão sobre o conceito jurídico.** São Paulo: saraiva. 2006, P.218.

É de suma importância, perquirir sobre a existência efetiva das condições financeiras para a concretização dos comandos normativos contidos na Constituição Federal, levando em consideração a possibilidade de realização que cada ente poderá assumir, devendo ser combatido os instrumentos utilizados para se esquivar de suas responsabilidades.

O mínimo existencial está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, da forma em que representa o mínimo necessário para uma vida humana digna. Desta forma, os direitos sociais como o direito à saúde, o direito à educação, o direito à assistência social, dentre outros, tem por objetivo conferir aos cidadãos uma existência humana digna.

Nesse sentido, apura-se o dever de garantir o mínimo no cumprimento das condições materiais e financeiras para uma vida digna, levando em consideração que as necessidades serão sempre maiores que os recursos dispensados pelo poder público.

O mínimo existencial corresponde a um componente constitucional essencial, de forma a satisfazer as necessidades básicas do indivíduo, sendo esses, quatro elementos essenciais de natureza prestacional, são eles: a saúde básica, a educação básica a assistência aos desamparados e o acesso à justiça[34].

Depreende-se, portanto, que as necessidades básicas correspondentes ao mínimo existencial e estão dispostas no o art. 7º, inciso IV da Constituição Federal[35].

Ao estabelecer prioridades observando as necessidades vitais básicas, a Constituição Federal assegura às pessoas um padrão mínimo na esfera dos direitos sociais, estabelecido no relacionamento existente entre a vinculação dos

---

[34] BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, P.25-26.

[35] BRASIL, Constituição da República Federativa do (1988). Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

direitos sociais, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, diante da busca pelo reconhecimento da máxima efetividade jurídica aos direitos fundamentais.

Dito isto, a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição financeira, encontram-se limitados no seu mundo social, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. O Estado deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna diante dos esforços necessários para integrar estas pessoas na sociedade.

Assim, o cidadão deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social alcança o caráter de uma ajuda para a auto - ajuda, não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção.

Há que enfatizar que o mínimo existencial, compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna tem sido identificada como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade com a finalidade de burlar as necessidades vitais básicas.

Seja com relação aos direitos fundamentais sociais prestacionais, seja garantindo o mínimo existencial, não há como ocultar que uma das principais contradições em matéria de concretização dos direitos sociais diz respeito à extensão economicamente relevante desses direitos, que, embora comum a todos os direitos fundamentais sociais de todas as dimensões, acaba assumindo particular relevância quando se cuida da efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Com efeito, as prestações necessárias à efetivação desses direitos dependem sempre da disponibilidade financeira e da competência de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta disso, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela reserva do possível e pela relação que esta guarda, com as competências constitucionais,

com o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária e o princípio federativo. O mínimo existencial, associa-se ao próximo segmento.

A reserva do possível corresponde a um princípio que, no contexto brasileiro, tem sido utilizada para obstar a concretização dos direitos sociais. Ela pretende subjugar que tais direitos demandam a ponderação com os demais direitos também tidos como fundamentais, considerando que há princípios constitucionais que colidem com a implementação dos direitos sociais. É o caso do princípio da separação dos poderes, por exemplo[36].

De forma análoga ao mínimo existencial, a teoria da reserva do possível foi inicialmente invocada e, portanto, trazida do Tribunal Constitucional Federal Alemão, na ocasião do julgamento do caso conhecido como "Numerus Clausus", que correspondeu a uma política adotada na Alemanha, em 1960, objetivando limitar o número de estudantes que ingressavam em cursos concorridos.

No julgamento do caso elencado, foi questionado por jovens alemães o direito previsto na Lei Fundamental quanto a escolha de sua profissão, independente da existência de vagas no curso e universidades procuradas. O Tribunal Constitucional Federal Alemão diferiu, na ocasião, o direito de ingressar nas universidades (sob a escolha de sua profissão) do direito a criação de novas vagas, esclarecendo que o direito do cidadão alemão de escolher sua profissão dependerá da reserva do possível, que é a condição razoável que se espera da sociedade[37].

Nessa ótica, a discussão reside na ponderação dos direitos fundamentais sociais com outros direitos fundamentais, onde um direito fundamental social só poderia ser restrito se outro direito fundamental tivesse peso maior, prevalecendo na ponderação.

Uma grande problemática está na efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma dos direitos fundamentais sociais se encontra em condições de dispor da prestação reclamada.

É falaciosa a utilização da reserva do possível como forma de impedir a intervenção judicial e de justificar a omissão estatal no âmbito da concretização

---

[36] LEIVAS, Paulo Gilberto Logo. **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao mínimo existencial**, in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, P.287.
[37] Idem. P. 286-287

dos direitos sociais. Defende que para que a reserva do possível seja considerada como argumento possível de justificação para a omissão estatal, deverá ser imposto o ônus de comprovação, pelo Poder Público, de que não existem recursos disponíveis para a concretização de direitos dotados de essencialidade, assim como deve ser demonstrada a eficiente aplicação dos mesmos[38].

Isso porque, corriqueiramente, a reserva do possível tem sido utilizada como argumento genérico de defesa, não acompanhado de qualquer prova que justificasse a sua correta aplicação.

Os princípios da eficiência e da moralidade merecem enfoque na presente discussão, uma vez que a atuação da administração pública deve ser pautada na administração da escassez de recursos e na otimização da efetividade dos direitos sociais[39].

Desta forma, se faz necessário que haja o controle judicial, social e até mesmo do Ministério Público, na condição de fiscal da lei, dirigido às opções orçamentárias propostas pelo Poder Executivo e aprovadas pelo Legislativo, relativa aos gastos públicos, limitando a discricionariedade do administrador e legislador e vinculando-os, em sua atividade, às prioridades e ditames estabelecidos na CF.

A reserva do possível não é uma tese suficiente para afastar a responsabilidade do Estado para a efetivação dos direitos sociais, já que a vida, a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais são valores que devem prevalecer, sob a égide da Constituição Federal. Portanto, a reserva do possível, antes de atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, deve servir como ordem de otimização dos direitos fundamentais, já que cabe ao Estado o dever de promover as condições máximas de efetivação dos direitos sociais, tendo em vista a proibição do retrocesso e o reconhecimento de direitos de caráter fundamental[40].

Necessário se faz, portanto, recusar a aplicação equivocada da cláusula em alusão, não apenas por considerar o real papel que esta possui, que é o de otimização dos gastos estatais em preferência aos direitos sociais e às políticas

---

[38] SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, parte da obra "Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: livraria do advogado, 2010, P.28.
[39] Idem. P. 31.
[40] Idem. P. 36

públicas. Tal recusa se faz necessária também em face da utilização de tal cláusula restritiva sem que haja real conflito entre direitos fundamentais.

É bem verdade que os recursos são limitados e que para a concretização dos direitos sociais devem-se considerar as possibilidades financeiras e orçamentárias dos entes federativos. No entanto, como já exposto, não se pode admitir que o Estado Brasileiro permaneça inerte e omisso quanto as obrigações preferenciais, relativas à promoção de direitos essenciais para a sociedade, esculpidas pela lei maior.

Não subsiste, como visto, a mera alegação de que o Estado não pode atender às demandas sociais, posto que está limitado ao que é possível, em termos de recursos públicos e lei orçamentária anual.

O pensamento aqui exposto encontra respaldo na jurisprudência dos tribunais superiores, como o STJ, que tem considerado que em face de um direito fundamental não pode prosperar qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática dos Poderes Públicos, já que o ser humano é a única razão do Estado[41].

O STF nesse mesmo sentido se posiciona. Adverte que a reserva do possível, salvo a ocorrência de justo motivo comprovado, não pode ser invocada, pelo Estado, para que este se exonere das suas obrigações previstas pela Constituição, especialmente quando essa omissão resultar na aniquilação de direitos constitucionais dotados de essencialidade e fundamentalidade[42].

Pelo exposto, restam demonstrados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que reconhecem como ilegítima e prejudicial a conduta negativa do Estado de arguir a reserva do possível como matéria de defesa que justifique a inação inconstitucional do Estado frente aos direitos sociais, de forma a subsidiar a constatação da reserva do possível como obstáculo à concretização dos direitos sociais.

3.3.3 O Direito à saúde e a Proibição do Retrocesso social

---

[41] Resp 353.147, Autuação: 05/10/2001, Relator: Min. Franciulli Netto - Segunda Turma, Data: 18/08/2003.

[42] ADPF – 45 MC/DF, Relator: Min. Celso De Mello, publicada no DJU de 4.5.2004.

Em uma análise sumária, a proibição do retrocesso social funciona como uma limitação à reforma, através da qual visa proteger os cidadãos contra a superveniência de lei que pretenda alcançar, negativamente, o direito social já conquistado no âmbito material, de modo a vedar a propositura de leis tendentes a extinguir tal direito social, prejudicando o indivíduo.

Faz-se relevante analisar que, uma vez estabelecida no ordenamento jurídico a positividade de um determinado direito fundamental e tendo o Estado implementado medidas concretas no sentido de tornar efetivo o direito consagrado, poderia o mesmo ser suprimido ou restringido nas elaborações legislativas e interpretativas posteriores? Conforme se analisa a proibição do retrocesso social, a resposta será negativa[43]. Entendendo que não se pode ocasionar um retrocesso na área social abrangida, como por exemplo no direito à saúde.

A análise da proibição do retrocesso social parte da premissa de que os direitos fundamentais devem ser solidificados por meio de regulação legislativa num sentido de se ampliar sempre progressivamente, evitando supressões legislativas que atinjam a garantia de proteção ao direito fundamental social em exame.

O princípio da proibição de retrocesso social fica estabelecida da seguinte forma: o núcleo essencial dos direitos sociais já concretizado por meio de medidas legislativas (¨lei de segurança nacional¨, ¨lei do subsídio de desemprego¨, ¨lei do serviço de saúde¨) garantido pela Constituição Federal, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, não haja a concepção de outros projetos alternativos, se traduzam, na prática, numa invalidação ou revogação pura e simples desse núcleo essencial[44].

Na mesma esteira das abordagens antecedentes, percebe-se mais uma vez que a proibição do retrocesso social limita a reversibilidade de direitos já adquiridos, observando a proteção que se deve garantir aos indivíduos, seja no âmbito econômico, seja no âmbito social.

---

[43] GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais**. Revista Justiça do Direito**:** Passo Fundo, v.14, n.14 2000, P.33.

[44] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001. P.337-338.

Quanto à questão suscitada, é de se notar que no ordenamento jurídico brasileiro a não observância, seja pelo Administrador, legislador ou Julgador, da eficácia das normas constitucionais concernentes a direitos sociais provoca a injustiça e principalmente a desigualdade social. Tornando necessário a aplicação do princípio acima citado

Contudo, os direitos fundamentais sociais descritos na Constituição Federal carecem de efetivação ou conformação legal, tornando-se somente influentes através de direitos prestacionais. Assim, eliminando as normas infraconstitucionais que efetivam os direitos sociais significaria abolir as normas constitucionais, o que seria inconstitucional por violar a proibição de retrocesso social[45].

De modo a esclarecer, sabe-se que atualmente existem várias formas e mecanismos jurídicos para proibir a prática dos atos legislativos que diminuem ou violam os direitos fundamentais. Vale ressaltar algumas dessas formas restritivas para saber se a existência da proibição ao retrocesso social é suficiente e necessária, isto é, se nenhum outro instituto jurídico seria capaz de proteger tal direito dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, destaca-se: a proteção ao mínimo existencial do direito fundamental; os limites materiais previstos no art. 60, §4º, da CF; os limites circunstanciais contidos no art. 60, §1º, da CF; o princípio da segurança jurídica, da confiança, da boa-fé, da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade dos direitos fundamentais; a supremacia constitucional, posto que a Constituição é norma cuja hierarquia encontra-se no ápice no sistema normativo, à qual todas as outras normas devem respeito; o princípio da irredutibilidade de salário e de vencimento contido no art. 7º, VI, e art. 37, XV, ambos da CF.

Demonstra-se desta forma que não há, de fato, uma estrutura apta a resguardar o direito previsto como faz da proibição do retrocesso social, razão pela qual é necessária a presença e aplicação deste princípio fundamental no ordenamento pátrio.

Soberanamente, teria o princípio ora estudado embasamento mais forte na fundamentação dos direitos constitucionais, mais precisamente, no princípio da

---

[45] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, tomo IV: Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2000, P.397.

dignidade da pessoa humana de onde deriva todos os demais princípios acima citados.

De modo a tornar claro o que ora foi relatado, faz-se necessário levantar alguns pontos para uma melhor compreensão acerca do instituto da proibição de retrocesso. A primeira questão a ser suscitada é o suprimento integral de um direito já regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro, sem uma substituição de forma lógica levantando um conflito com a norma vigente, antes de ferir o princípio da proibição de retrocesso social é uma autêntica norma inconstitucional. Tal situação seria injustificável causando um retrocesso social. A segunda questão a ser levantada, consiste em um retrocesso onde não se altere o texto da norma em si, mas que mexa nos aspectos normativos de ordem política ou econômica, tendo em vista que se faz necessário restrições a determinados direitos para se levar em consideração outros direitos mais prioritários.

Deve-se imaginar a situação de grave crise econômica pela qual passa o País, necessitando fazer restrições temporárias a certos direitos em detrimento de outros direitos considerados prioritários, para garantir a melhor forma de se passar pela crise. Há de se verificar nesse caso específico que, se for suscitado o princípio da proibição de retrocesso social a situação descrita seria impossível de ser obtida, o que ocasionaria um dano de grandes proporções e um retrocesso ainda maior para os indivíduos.

Ressalte-se que, mesmo na situação descrita na segunda questão a vedação ao retrocesso continua a existir, sendo que em contextos diferentes, devendo-se sempre levar em consideração a melhor solução para cada direito.

Levando em consideração que os recursos financeiros dispensados pelo Estado são limitados e que a efetivação dos direitos fundamentais sociais implicam em um elevado custo financeiro, poderão surgir oportunidades em que a escolha feita pelo legislador em relação a determinado direito fundamental social provocará um retrocesso para um direito diverso ou então uma situação diversa no mesmo direito.

Dessa maneira, conforme relatado nas questões acima, não se pode utilizar o princípio da proibição de retrocesso social de modo a ficar banalizado, enfraquecendo o instituto, devendo estabelecer um limite para restringir certos

direitos, dessa forma haverá um retrocesso quando o legislador suplantar esse limite estabelecido, posto que o princípio foi violado.

A seguinte situação deve ser trazida a colação: o núcleo essencial dos direitos sociais já efetivados pelos alcances legislativos deve considerar constitucionalmente garantido, sendo considerados inconstitucionais os conceitos que, sem criar planos alternativos, que demonstrem na prática em uma anulação desse núcleo essencial que seria utilizado como limite para liberdade de conformação do legislador[46].

Com a proibição do retrocesso social resta evidente a relação existente entre este e a eficácia dos direitos fundamentais sociais, aprofundada na consciência jurídica, a infraconstitucionalidade de um direito social depende do meio social em que se vive, assim, essas ideias não se contrapõem.

Não se poderia entender que a concretização de um direito fundamental social atingiria um consenso comunitário sem que se alcançasse o aproveitamento e a realidade social; um determinado direito social que se torna norma deve ser conhecido e aceito de forma pacífica por todos os cidadãos e, mais do que isso, envolvida como efeito da raiz constitucional desse direito, desligando-se da lei, para buscar abrigo na própria constituição federal[47].

Imprescindível destacar a relação existente entre os direitos fundamentais sociais e a proibição de retrocesso social, levando em consideração a realidade constitucional.

O princípio ora retratado manifesta-se como uma ferramenta que protege à eficácia das normas constitucionais e resulta do princípio da efetividade das normas constitucionais e da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Com efeito, se a eficácia de norma constitucional depende de norma infraconstitucional, a revogação ou afetação desta norma repercute diretamente naquela.

Com efeito, conclui-se que a vedação ao retrocesso social é uma cominação de princípios que conduzem o ordenamento jurídico constitucional e, juntamente com outros princípios atuam para alcançar a maximização da eficácia

---

[46] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º edição. Coimbra: Almedina, 2003, P.327.

[47] DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, P275-276.

do sistema de direitos fundamentais como um todo. A conexão do legislador aos direitos fundamentais impõe àquele que edite as normas necessárias para conferir eficácia aos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

A importância do direito à saúde resvala-se no fato desse ser potencialmente um direito fundamental do indivíduo, levando-se em consideração que a saúde é um dos principais elementos da vida, seja como desígnio imprescindível para sua existência, seja como componente ligado à sua qualidade. Dessa forma, a saúde se conecta ao direito à vida[48].

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Quando se fala em responsabilidade civil do Estado, tem-se a adoção da responsabilidade civil objetiva em regra, ou seja, torna-se desnecessário a comprovação de culpa, bastando demonstrar o nexo de causalidade existente entre a conduta estatal e o dano causado ao administrado, fundada na ideia de solidariedade social, na justa repartição da obrigação decorrente da prestação dos serviços públicos. A Constituição Federal[49] em seu artigo 37, § 6º, adota a responsabilidade civil objetiva, na modalidade de risco administrativo.

Isso não significa que o ordenamento jurídico brasileiro não adote também a responsabilidade civil da Administração Pública na versão subjetiva, pois tem-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como a doutrina, são pacíficas ao afirmarem que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo imprescindível, demonstrar a negligência na atuação estatal.

Ressalta-se ainda que, quando há um dano por omissão da administração pública torna-se imprescindível diferenciar a omissão específica da genérica, uma vez que na específica, o Estado tem a obrigação de evitar o dano, enquanto na

---

[48] SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

[49] BRASIL, Constituição da República Federativa do (1988). ART. 37 [...]
§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

omissão genérica o Estado, através de seus agentes, impede que ocorra danos eventuais aos seus administrados.

Assim sendo, o presente estudo versará sobre a omissão do Estado no âmbito do direito à saúde, o que demanda a responsabilidade civil, uma vez que o Estado, responde civilmente quando este se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano. Desta feita, pode-se garantir que a responsabilidade civil do Estado por omissão vem sempre de um ato ilícito, posto que havia uma obrigação de agir imposto pela norma e pela omissão, esse dever foi infringido.

4.1. OS RISCOS DECORRENTES DA OMISSÃO ESTATAL DIANTE DO DIREITO FUDAMENTAL À SAÚDE

A Responsabilidade civil estatal é imprescindível para que haja um controle no desempenho dos agentes e órgãos públicos, posto que, o Estado deve sempre prezar pelo atendimento dos interesses da coletividade, para que sua principal obrigação não seja violada.

Encontramos entre uma das principais obrigações do Estado a saúde pública, sendo esta muitas vezes fornecida de modo deficitário ou até mesmo nem fornecida, devido a omissão estatal.

Nesse ponto, não resta dúvida que o poder público muitas vezes alega que não poderá satisfazer as necessidades públicas, em razão da limitação do recurso orçamentário, mesmo tendo o Estado a obrigação de cumpri-las. Exemplificando: havendo a necessidade de construir um hospital e uma escola e não dispondo o Estado de recursos suficientes para a construção dos dois, deverá fazer a escolha entre construir o hospital ou a escola, considerando que ambos os direitos são fundamentais a sociedade.

A responsabilidade civil do Estado, principalmente quanto aos atos omissivos, quando diz respeito ao direito constitucional de garantir a saúde de seus administrados, tem-se a aplicação da responsabilidade civil de forma pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com o escopo de evitar as

negligências e injustiças praticadas pelo Estado. Portanto demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano, deve o Estado ressarcir.

A função do Estado é o comprometimento com a oferta de resposta às exigências da sociedade[50]. Naturalmente, o poder público é comprometido com os direitos fundamentais amparados constitucionalmente, devendo realizá-los de forma positiva dentro de um organismo político.

Tratando-se da função estatal, a saúde pública é conceituada como núcleo mínimo de colocações e atividades que dizem respeito conforme a história a direitos fundamentais sociais do cidadão. Dessa forma, ao velar pela composição básica do Estado ou dos limites para a atividade dos governos, a Constituição Federal estará, automaticamente, estabelecendo as atividades que compõem a saúde pública. Os princípios que norteiam a atuação estatal, seja na destinação como no aproveitamento, seja nos meios financeiros quanto nos materiais, seja na coordenação das atividades prestadas pelo Estado àquelas prestadas pelos particulares, todos estão muito bem delimitados na Constituição Federal[51].

Assim, a responsabilidade civil do Estado é pressuposto de segurança da ordem pública em face do serviço público, o qual funcionamento não deve resultar lesão a nenhum bem juridicamente protegido pelo ente público.

Não há dúvida que os fundamentos da responsabilidade civil do Estado como sujeito jurídico, político e economicamente mais poderoso com mais prerrogativas do que os administrados, na omissão do cumprimento dos interesses, prevalece para que haja a reparação do dano, fundamentado na Constituição Federal.

Os direitos sociais garantidos pela Carta Magna de 1988 são tidos doutrinariamente como direitos de segunda dimensão, os quais estabelecem uma atuação efetiva do Poder Público em favor dos indivíduos que fazem parte de setores economicamente mais debilitados da sociedade[52].Assim, surge para os cidadãos a legitimidade para a reivindicação de determinadas prestações positivas e materiais do Estado para a garantia de cumprimento desses direitos.

---

[50] DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Método, 2007. P.91.

[51] DALLARI, Sueli Gandolfi. **Políticas de Estado e políticas de Governo: o caso da saúde pública.** BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: reflexão sobre o conceito jurídico.** São Paulo: saraiva. 2006, P.262-263.

[52] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, P.52.

No mesmo sentido, é o direito à saúde como direito fundamental social que é, possui uma dimensão subjetiva, posto que a qualidade desse direito exige a prestação material efetiva por parte da administração pública. Essa exigência está prevista no artigo 196 da Carta Magna buscando a igualdade material, com a prestação efetiva pelo Estado, devendo ser implementado através das políticas públicas garantidoras dos direitos individuais e/ou coletivos, anunciadas para diminuir as desigualdades sociais e garantir uma vida digna[53]. Ressalte-se que, um dos requisitos para que haja a vida digna de que trata a Constituição Federal é a saúde pública.

A inviolabilidade do direito à saúde, que se classifica como direito subjetivo inalienável garantido a todos pela Constituição Federal, utilizando-se também, contra essa garantia um interesse financeiro e secundário do Estado, entende-se que os motivos de ordem ético-jurídica determinam ao julgador que se adote o respeito indeclinável à saúde humana. Ressaltamos que o direito público à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todos pela Carta Magna. O Poder Público deve ser o responsável pela integralidade do cumprimento do direito subjetivo à saúde, a quem compete efetivar as políticas sociais e econômicas que garantam, aos indivíduos, com acesso igualitário à saúde.

No que diz respeito aos recursos que necessitam ser destinados para a viabilização do direito à saúde no Brasil, o § 2° ao art. 198, instituiu a obrigatoriedade da aplicação, anual, de recursos mínimos pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em ações e serviços públicos de saúde[54].

Levando-se em conta a importância da garantia constitucional à saúde, os cidadãos devem exigir as prestações necessárias à sua efetivação, haja vista se tratar de um direito de eficácia imediata, ou seja, autoaplicável.

A Constituição Federal[55] instituiu no artigo 196, a responsabilidade, entenda-se por dever do Estado, solidária dos entes federados para o provimento

---

[53] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009, P.481.

[54] BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

[55] BRASIL, Constituição da República Federativa do (1988). 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.

dos serviços de saúde, ficando sob sua responsabilidade a promoção, proteção e recuperação desses interesses:

Intrinsicamente ao dever que os entes públicos têm de fornecer a saúde pública está o comprometimento de elaborar as políticas públicas de diminuição dos riscos de doenças, por meio de vigilância sanitária, de desenvolvimento de recursos humanos, construção de hospitais, centros ambulatoriais, postos de saúde, como também, o fornecimento gratuito de medicamentos para a recuperação ou para a redução das consequências causadas pelos mais variados tipos de doenças[56].

A função do art. 196 da Constituição Federal é garantir a concretização ao direito à saúde, de forma a nortear a administração pública na implementação de medidas que promovam o acesso a quem necessite da proteção do Estado à prestação de serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, como também de políticas públicas para a prevenção de doenças, essencialmente quando o indivíduo, pessoa hipossuficiente, que não possui meios próprios para custear o próprio tratamento. Nesse sentido, é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, pelo Ministro Luiz Fux, onde os artigos 23, II, e 198, § 2° e 196 da CF impõem aos entes federativos a solidariedade na responsabilidade da prestação dos serviços na área da saúde, além da garantia de orçamento para efetivação dos mesmos[57].

Por tudo que foi explanado, não resta dúvida do risco que a administração pública pode causar ao tutelado pela sua omissão, posto que o direito a saúde é um direito fundamental que assiste a todos os indivíduos, representando o direito à vida e a uma vida digna. A dignidade da pessoa humana está intimamente ligada a atitude responsável do Estado, devendo fornecer medicação e/ou intervenção médico-hospitalar a todo indivíduo que dela necessite.

Nesse entendimento, em que pese a norma, a doutrina e a jurisprudência do direito à saúde, estas comprovam o seu caráter de direito fundamental do indivíduo, sendo imprescindível a sua aplicabilidade imediata e a eficácia plena,

---

[56] PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado.** v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007. P.155.

[57] Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 607381/SC, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 31/05/2011, DJ 16/06/2011: http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19844868/agreg-no-recurso-extraordinario-re-607381-sc. Acessado em 25 de maio de 2015.

caráter este reconhecido pelo órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro – o Supremo Tribunal Federal (STF) - a quem cabe a guarda precípua da Constituição[58].

4.2 AS ESCOLHAS TRÁGICAS NO CENÁRIO BRASILEIRO POR EFEITO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E EXECUTIVA

As necessidades sociais postas às margens do que prioriza a administração pública relaciona-se com as denominadas escolhas trágicas. Neste plano, escolha trágica é o artificio utilizado pela Administração Pública para concretizar um direito fundamental em detrimento de outro, ignorando certas necessidades sociais, sob o argumento de escassez dos recursos públicos. Também pode ser verificada na ocorrência de escolha dos destinatários de políticas públicas, que alcançarão apenas uma parcela ou grupo e não a todos os titulares daquele direito.

Inevitavelmente, parte das necessidades públicas não poderá ser satisfeita, em razão da limitação do recurso orçamentário, mesmo tendo o Estado a obrigação de cumpri-las. Exemplificando: havendo a necessidade de construir um hospital e uma escola e não dispondo o Estado de recursos suficientes para a construção dos dois, deverá fazer a escolha entre construir o hospital ou a escola, advindo daí a escolha trágica, pois ambos os direitos são amparados constitucionalmente.

As escolhas sobre a utilização de recursos públicos se iniciam no poder legislativo, que detém a competência de aprovar a proposta orçamentária enviada pelo executivo, devendo realizar a escolha diante das vastas necessidades sociais e poucos recursos disponíveis. Dessa forma, sempre se reascende a discussão com os gastos direcionados a educação, saúde, abrigos para idosos, a proteção materno-infantil, dentre outros. Isso significa dizer que a administração pública deverá conduzir da melhor forma onde aplicar os recursos públicos,

---

[58] SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, P.63.

direcionando-os aos anseios sociais, pois qualquer das opções importará na impossibilidade de utilização dos recursos em tantas outras políticas públicas.

É de se ressaltar, sobre a proibição do retrocesso social, que este é princípio implícito na Constituição Federal decorrente dos princípios do Estado social, da máxima eficácia, da dignidade da pessoa humana, além desses, o princípio decorre da imposição constitucional de ampliação dos direitos sociais e tem como intento evitar a redução ou a supressão dos direitos fundamentais sociais. Logo, se os direitos sociais já foram conferidos, resguardados e garantidos pelo constituinte originário, equivale a um retrocesso a Administração Pública e o legislador derivado não promoverem meios de efetivação desses direitos.

Para a doutrina brasileira os direitos fundamentais sociais têm caráter vinculativo e imperativo, exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua concretização, vinculam a administração pública e proíbem a retrocessão na concretização desses direitos. Assim, temos uma imposição constitucional permanente para o desenvolvimento da concretização[59]

Sob o argumento de que o poder público não possui recursos suficientes para adimplir as obrigações assumidas, tem-se que averiguar como pode o Estado tomar alguma medida restritiva na esfera das obrigações sociais, sem que desta haja uma violação do princípio da vedação do retrocesso social.

O Recurso Extraordinário RE 581352 do STF[60] - Estado do Amazonas, interposto pelo Ministério Público Estadual trata da melhoria na assistência à gestante em maternidades estaduais, buscando atendimento digno à mãe e à criança. O caso em exame coloca em destaque o importante direito social, o direito à saúde, principalmente em face aos mandamentos inscritos na Constituição Federal. No citado julgado o STF retrata o desrespeito que o poder público tem à Constituição Federal, transgredindo a autoridade da Lei fundamental, fazendo com que o administrado recorra ao judiciário para satisfazer os seus interesses.

---

[59] FILETI, Narbal Antônio Mendonça, **O princípio da proibição do retrocesso social**, disponível em http://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social, acesso em 25 de maio de 2015.

[60] RE 581352 Agr, relator: Min. Celso de Melo, segunda turma, Data de julgamento: 29/10/2013.

Destaque-se o informativo n° 579 do STF que trata da ocorrência de escolhas trágicas pela Administração Pública, que, como exposto, exprimem o estado de tensão entre a necessidade estatal de concretizar direitos sociais e as dificuldades orçamentárias existentes.

4.2.1 O injusto inadimplemento dos deveres estatais

A sociedade brasileira, profundamente desumana e desigual, retrata que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais, em que pese a sua essencialidade, fundamentalidade, caráter cogente e aplicabilidade imediata, carecem de força normativa.

Nesse cenário de violação, encontra-se o "injusto inadimplemento dos deveres estatais"[61], que faz referência à inércia da Administração Pública na adoção de políticas públicas destinadas à promoção dos direitos sociais.

A Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, traz importantes previsões sobre as quais a República Federativa do Brasil deve ser regida. Em seu preâmbulo, o constituinte instituiu um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar que os direitos sociais tenham seu pleno exercício. Prevê ainda o Preâmbulo Constitucional que Estado deve assegurar o exercício da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, sendo estes os valores supremos de uma sociedade fraterna.

O Art. 1° da CF prevê como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Dentre os objetivos fundamentais da República, tem-se o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Como princípio norteador das relações internacionais, está o princípio da prevalência dos direitos humanos, que no plano interno, equivalem aos direitos fundamentais.

---

[61] O "injusto inadimplemento" trata-se de expressão trazida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que também será abordada oportunamente, quando for suscitada a ocorrência de escolhas trágicas na efetivação de direitos sociais no Brasil.

Os direitos sociais propriamente ditos, epicentro da presente discussão, estão previstos na CF/88, no Título II “Dos direitos e Garantias Fundamentais”, no Capítulo II, em seu artigo 6°, cujo teor declara que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Esta é, senão, a principal previsão normativa dos referidos direitos.

De forma relacionada, cite-se que o art. 23 da CF determina que dentre as competências comuns dos entes federativos está a de zelar pela guarda da Constituição, cuidar da saúde e da assistência pública, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, de forma a promover a integração social dos setores menos favorecidos.

Nessa temática, aduz o artigo 170 que a ordem econômica e financeira tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna. Ademais, o art. 193, que trata da ordem social, dispõe que a ordem social objetiva o bem-estar e a justiça social.

O artigo 203 do texto constitucional determina que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, de forma que se promova a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice e ainda, amparando as crianças e adolescentes carentes.

Acerca da aplicabilidade dos direitos sociais, a CF, no art. 5°, parágrafo primeiro, determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, trata-se de uma norma de eficácia plena, estando apta a produzir efeitos a partir da sua vigência.

Os direitos sociais, como parte integrante dos direitos fundamentais, equivalem a prestações positivas promovidas pelo Poder Público, quer seja direta ou indiretamente, atendendo ao disposto nas normas constitucionais. As referidas prestações possibilitam melhores condições de vida aos menos favorecidos socialmente, já que estes direitos tendem a promover a igualdade material para aqueles que vivem em uma realidade social deficiente[62].

---

[62] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2003, P.565.

Dessa forma, é patente a prestação estatal a que equivalem os direitos sociais, frisando a essencialidade e extrema relevância para a vida e a dignidade de seus titulares.

A principal forma de concretização dos direitos sociais pelo Estado são as políticas públicas, que encontram neles a razão principal de sua existência e realização.

Saliente-se que essas políticas podem ser executadas, inclusive, pelos entes privados, no momento em que o Estado impõe-lhes essa obrigação, com fulcro no exercício de seu Poder de Regulação na economia.

Neste contexto, tem-se que as políticas públicas correspondem a programas de ação estatal que objetivam coordenar todos os meios que estão à disposição do Estado, bem como as atividades de cunho privado, com o fim de alcançar objetivos socialmente relevantes, bem como politicamente pré-fixados[63].

É necessário para que as políticas públicas possibilitem a consecução dos fins destinados na Constituição, no que toca a concretização dos direitos sociais, que sejam adotadas progressivamente, o que também não se observa no Brasil, considerando que a adoção de políticas públicas geralmente ocorre de forma associada ao período de um mandato eletivo.

É importante mencionar o sentido de universalidade das políticas públicas no âmbito dos direitos sociais, posto que essa universalidade é garantida expressamente pela Constituição Federal, já que, de forma clara, os direitos fundamentais possuem como destinatários a todos, indistintamente.

Os direitos sociais ensejam medidas desiguais conforme forem as desigualdades existentes, de forma a compensá-las. Trata-se de um direito de cunho discriminatório positivo que pretende possibilitar o acesso a oportunidades que são devidas a todos os cidadãos. As prestações estatais em debate necessitam de implementação, tendo em vista carecer a sociedade de melhoria, distribuição de renda e redistribuição de bens cuja fundamentalidade é patente, todavia, não são disponíveis a todos[64].

---

[63] BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007, P.241.

[64] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, P.283-284.

Ocorre que, paralelamente a essa flagrante necessidade, uma das maiores problemáticas para a concretização dos direitos sociais, que dependem de prestações estatais, é a hipotética limitação de recursos destinados para este fim, em detrimento da disponibilidade fática de recursos suficientes para tanto.

Cite-se como exemplo material dessa escusa a linha de defesa estatal esboçada no princípio da reserva do possível, que será debatida em momento posterior na pesquisa que ora se apresenta, com o fim de demonstrar que o argumento superficial de mera escassez de recursos do Estado, utilizado reiteradamente pelos administradores públicos, advém da postergação destes ao engajamento para a realização dos direitos sociais. Assim, para a efetivação dos direitos em questão, de forma a reduzir a disparidade do Estado brasileiro com relação a inúmeros países de primeiro mundo, dependerá da medida dos esforços a serem empreendidos e da priorização devida das políticas públicas, com a quantidade de recursos que serão postos à disposição para alcançar esse objetivo há mais de vinte anos traçado pela Constituição Federal[65].

As políticas públicas devem ser adotadas prioritariamente para que a presente realidade de violação maciça dos direitos sociais seja superada e a CF tenha força normativa, sobretudo, nos seus preceitos mais fundamentais.

Os direitos sociais não possuem apenas um conteúdo valorativo perante a Constituição, mas especialmente um caráter de imponência perante o Estado.

Em razão do conteúdo dotado de essencialidade destes, que se pautam nas reais necessidades do ser humano, a sua imponência em face do Estado se dá em razão deste ser o ente gestor dos recursos públicos, devendo, assim, o Estado priorizar sua atuação e recursos em prol da concretização desses direitos.

Isso porque tais direitos não são de cunho essencial por livre arbítrio ou convenção do legislador. Eles são frutos de uma significativa evolução histórica da sociedade, pautada nas necessidades primordiais do ser humano.

É estritamente necessário que as regras constitucionais sejam veementemente cumpridas, respeitadas e não violadas, uma vez que não equivalem a meros conselhos direcionados ao Estado, mas sim a obrigações que este deve cumprir. São comandos oriundos de uma Constituição dirigente, que

---

[65] LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais.** São Paulo: Editora Renovar, 2001, P.101.

detém força normativa, que determina a forma, os parâmetros e os limites em que o Estado deve agir.

Trata-se de um imperativo, de um sistema de regras que deve ser seguido, sob pena de fracasso do Estado Democrático de Direito. É nesse contexto que não se pode mais admitir a violação aberta e desenfreada dos direitos sociais, visto que essa violação é uma afronta direta e expressa à Constituição Federal.

4.2.2 Princípio da eficiência administrativa

Para iniciar o tema da eficiência administrativa, ressaltamos a importância desse princípio de forma a esclarecer o ensinamento nuclear de um sistema, embasamento apropriado, importante disposição que se irradia sobre diferentes normas arrumando e servindo de critério para sua exata compreensão definindo a lógica do sistema normativo de forma harmônica. A afronta a qualquer princípio é muito mais grave do que desobedecer a qualquer uma norma. O descumprimento de um princípio significa ofender não somente a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos[66].

Verifica-se dessa forma, a importância que um princípio exerce sobre o sistema jurídico, com a função de orientar e aplicar a norma, resultando num conjunto de regras que refletem no conceito de ordem e justiça.

No ordenamento jurídico brasileiro, os princípios podem ser positivados ou não, sendo o princípio da eficiência administrativa expresso no art. 37 da CF, onde explicita como princípios básicos da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e a eficiência.

Nesse ponto, sabemos que os princípios não se sobrepõem entre eles, não se discutindo a importância de todos eles, mas será feita uma abordagem específica acerca do princípio da eficiência, tendo em vista que este princípio não é só um direito do indivíduo, como também um dever do Estado de prestar o serviço de forma eficiente.

---

[66] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000, P.747-748.

Para atingir um determinado objetivo por meio eficiente significa que, sob o método escolhido, ele alcança melhores resultados que os demais[67]. Assim, toda administração pública, através de seus agentes devem desempenhar suas funções de modo ágil, se atendo não somente a legalidade como também a resultados positivos.

É importante observar que as "pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras, como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas"[68].

Logo, levando em consideração o que se relata, a justiça é quem proporciona a avaliação da eficiência, posto que, se o Estado apresentar meios para uma boa realização de seus serviços, eficiente serão os resultados.

Complementando esse entendimento, observa-se o conceito do princípio da eficiência administrativa em que estabelece "que toda ação administrava deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo"[69].

A realização da gestão pública com eficiência sempre foi uma obrigação do administrador. Ao ser instituído pela EC nº 19/98, o princípio da eficiência que deu nova redação ao art. 37 na norma constitucional, só veio cooperar para que haja uma conscientização mais efetiva da administração pública.

Logo, não é suficiente que o agente público, ao desempenhar suas atividades, alcance a finalidade pública, devendo isto ocorrer da forma mais eficiente possível, como também não é satisfatório se apurar apenas a ineficiência, mas inserir de forma eficaz o princípio da eficiência na Administração Pública.

Atente-se que, devido as grandes mudanças sociais, o Estado assumiu diversas obrigações perante à sociedade, passando a ter problemas para atender às verdadeiras necessidades dos indivíduos. Sabe-se que, para ter resultados que atinjam as finalidades almejadas, muitas são as ações que devem ser desempenhadas pela administração pública, quais sejam: planejamento

---

[67] DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Método, 2007, P.69.
[68] PEREIRA, Potyara A. P**. Necessidades Humanas**. São Paulo: Cortez, 2000, P.19.
[69] FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa**. *In:* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000, P.168.

econômico e financeiro para criação e efetivação das políticas públicas; decisões administrativas tomadas de forma descentralizada; responsabilização dos gestores pelos seus atos; avaliação e prestação de contas, dentre outras. Desta forma, é preciso um bom planejamento com os recursos públicos e o controle das ações e dos resultados, como também, que haja investimentos no aperfeiçoamento dos agentes públicos e seus gestores, para se alcançar de forma eficiente um maior número das necessidades da população.

O bom resultado nos serviços e o melhor emprego dos recursos públicos devem ser condutas exigidas do Estado pela população. Assim, verifica-se que o princípio da eficiência é um direito subjetivo público do indivíduo.

Corroborando os argumentos acima expostos, tem-se como elemento um procedimento positivo por parte do destinatário, que diz respeito a uma prestação de natureza fática, os direitos sociais prestacionais induz a uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social, implicando, que seja criada ou colocada à disposição do titular a prestação que constitui seu objeto. Aderindo a esta comprovação, situa-se o fato de que o objeto, dificilmente poderá ser estabelecido de forma geral e abstrata, carecendo da análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito, como a saúde e a educação por exemplo, que se enquadre na categoria dos direitos sociais prestacional[70].

Assim, verifica-se que o princípio da eficiência é um instrumento importante dos cidadãos no controle do exercício da administração pública, isso porque a finalidade desse princípio é a própria exultação do interesse público. O cidadão brasileiro possui o direito de exigir serviços de qualidade, como também saber onde foi aplicado os recursos públicos.

Os papeis exercidos pelo Estado e pelos cidadãos são vastos no fortalecimento e no amparo das capacidades humanas. Esses, são papeis de conservação e não de entrega sob encomenda. A perspectiva de que a liberdade é central em relação aos fins e meios do desenvolvimento merece todo o cuidado[71]. Dessa forma, a eficiência resulta na construção de um meio social

---

[70] SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel - Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, P.151.

[71] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** São Paulo: companhia das letras, 2000, P.71.

organizado como um sistema de colaboração que deve produzir um meio de vantagem recíproca para todo cidadão.

O Mandamento da eficiência como direito do cidadão e dever do Estado, traz a responsabilidade para a administração pública de cumprir as funções básicas como o direito à saúde, educação, lazer e demais direitos amparados constitucionalmente. Assim, para que haja eficiência, se faz necessário que a administração pública realize programas dentro de sua gestão, implantando objetivos e resultados. O controle desse princípio está cada vez mais severo, e a procura por um serviço de qualidade cresce cada vez mais, posto que a sociedade busca a cada dia a realização de seus direitos.

Pondera-se que as condições dos serviços públicos devem ser analisadas periodicamente, e estas deverão ser feitas para avaliar a qualidade dos serviços prestados, os quais também passar por avaliações externas, pois a atividade administrativa estatal deve visar a própria sociedade.

A Carta Magna ressalta como dever do administrador a busca pela eficiência, e esse como direito do indivíduo para cobrar resultados adequados, devendo o Estado buscar meios para obter eficiência e satisfazer o indivíduo.

Conclui-se que, diversamente do cidadão, o Estado não pode exercer suas atividades sem se preocupar com o interesse da sociedade, tendo como principal desafio a realização do princípio da eficiência sem se descuidar do princípio da legalidade.

4.2.3. Princípio da legalidade e competência legislativa

O princípio da legalidade, durante longos anos, foi visto como vinculação positiva da Administração Pública à lei. Tornou-se importante a assertiva de que, enquanto o particular pode fazer tudo quanto a lei não proíba, o Administrador só pode fazer o que a lei determina[72]. Assim, a atividade do dia-a-dia da administração pública demonstrou que a lei não consegue acompanhar os

[72] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, P.82-83.

problemas enfrentados pela sociedade que, por vezes, precisa de atuação rápida em busca da solução de seus problemas e preservação do interesse público.

Desta forma, relata-se que a própria lei parece omitir-se por algumas vezes o dever de regular minuciosamente determinados assuntos, deixando ao regulamento, tanto do Presidente da República quanto de autoridades administrativas independentes, amplo campo de adequação, sendo paradigmática essa forma indireta de delegação legislativa, quando a deslegalização vem ganhando espaço no cenário brasileiro[73].

Para solucionar a deslegalização visam contornar os problemas de um processo legislativo lento para fazer jus às necessidades de celeridade e eficiência, principalmente no âmbito do direito administrativo. O princípio da legalidade ganha reconhecimento no princípio da reserva de lei e da possibilidade de deslegalização no panorama de crise da legalidade.

Esse princípio da reserva de lei estabelece que determinados assuntos só poderão ser ajustados por lei, seja em sentido material ou formal, a depender do que estabelece a Carta Magna.

Sendo os governantes os representantes da sociedade, ao serem anunciados como possuidores do poder, devem colocá-lo em prática obedecendo, cumprindo um quadro normativo, que visa impedir quaisquer tipos de privilégios ou desmandos, hostilizando assim, todas as formas de poder autoritário.

Analisando o princípio da legalidade, de forma mais conservadora, ressalta a reserva de lei em sentido formal que deve-se saber que, para muitas matérias, a Constituição Federal, as Constituições estaduais e as leis orgânicas de municípios determinam que sejam elaboradas por lei formal, ou seja, por meio de Lei que derivam do poder legislativo. É a reserva de lei – por exemplo o art. 68, §1º, inc. II, da Constituição Federal que veda que o Legislativo delegue nas matérias relativas à nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais[74].

Na reserva formal de lei, um assunto só poderá ser tratado por lei. Já na reserva material, poderá ser tratada por medida provisória ou lei delegada. A

---

[73] BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, P.134

[74] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, P.124.

validade dependerá sempre de padrões mínimos fixados em lei (mesmo na reserva relativa).

Existe uma divisão em reserva legal absoluta (quando se exige do legislador que esgote o tema sem deixar espaço remanescente para atuação discricionária dos agentes públicos) e reserva legal relativa (quando se admite atuação subjetiva do aplicador da norma ao dar-lhe concreção).

Assim, a delegação, ainda que possível, não pode ser em branco, isto é, desacompanhada de parâmetros ou diretrizes que permitam o controle de seu exercício.

A tripartição de funções em sua teoria almeja que nenhum dos poderes seja superior ao outro, mas que permaneçam todos em equilíbrio constante, com controles recíprocos de modo que nenhum dos entes federados possa abusar de seu desempenho.

Na efetivação das atividades pelo poder público, não existe lugar para se discutir liberdades e vontades particulares (de forma isolada), deve, a administração pública, sempre agir com a finalidade de atingir o bem comum, os interesses públicos, e sempre conforme o que a lei lhe determina, só podendo agir conforme a Lei. Enquanto no campo das relações entre particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, já na Administração Pública só é lícito fazer o que a lei autoriza. A lei, define até onde o administrador público poderá atuar de forma lícita, sem cometer ilegalidades.

Mesmo na obra de Montesquieu não havia primazia do legislativo nem tampouco isolamento de cada poder, mas, sim, a preocupação da divisão de funções, atribuindo ao Poder Executivo também funções co-legislativas (como o veto e a iniciativa legislativa)[75].

O poder regulamentar, de titularidade do Chefe do Poder Executivo, tem por objetivo base explicitar o modo e forma de execução da lei. A fronteira entre o exercício tradicional do poder regulamentar e o que mais modernamente se denominou de delegação legislativa é bastante tênue.

A deslegalização estabeleceria hipótese na qual o próprio legislador retira matérias do domínio da lei para atribuí-las à disciplina dos órgãos administrativos.

---

[75] FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005, P.105.

Estão fora de possibilidade de delegação as matérias que estabeleçam criação de penas e impostos ou que restrinjam direitos bem como aquelas sobre as quais o Executivo não pode editar medida provisória, por exemplo matéria relativa à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; direito penal, processual penal e processual civil; organização do Poder Judiciário e Ministério Público, a carreira e garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares; que vise detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; reservada a lei complementar; já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Desse modo, apesar de ser possível imaginar a edição de Decretos submetidos diretamente à Constituição e ao direito como um todo e a justificativa prática para esse procedimento (omissão legislativa e necessidades reais do cotidiano da Administração Pública), é preciso enfatizar, mais uma vez, a delimitação da matéria sujeita à delegação, bem como a ampla possibilidade de controle de constitucionalidade por parte dos Tribunais constitucionais.

O principio da Legalidade, confere ao Estado uma maneira democrática ao agir limitando a legítima atuação do poder público ao que é permitido por lei, de acordo com os meios e formas que por ela estabelecidos e segundo os interesses públicos, traduzindo-se numa expressão de direito, despontando um modo que se tenha garantia e segurança jurídica.

4.3. UMA PONDERAÇÃO ACERCA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES À LUZ DO PRINCIPIO DA LEGALIDADE

Já se conhecia a noção de ordem e lei na antiguidade. Ocorre que, neste período, a lei tinha um caráter sagrado, confundindo-se com a religião. Somente na Idade Contemporânea a regulação do poder político foi assumindo feições próximas às atuais, especialmente após as Revoluções Francesa e Americana[76].

Não se pode olvidar que o poder político é indivisível, pois conforme prescreve a Carta Magna, emana de um único titular, qual seja, o povo. Nesse

[76] FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras: **O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa.** São Paulo: Malheiros, 2005. P.23.

contexto, o povo, titular do poder político, através de representantes eleitos, faz nascer pelo poder constituinte diversos órgãos com tarefas distintas e missões constitucionais.

Conceituando o Princípio da Separação dos Poderes, este determina a separação do poder destinada ao Estado entre grupos de comandantes estatais e a especialidade de cada um deles em determinado tipo de competência. A intenção é impedir abusos provenientes da centralização de poder que comprometeriam a liberdade de cada indivíduo. Assim, verifica-se que a separação dos poderes almeja, limitar e legitimar o poder do Estado. Seu escopo é resguardar a liberdade individual, impedindo a concentração de poder de duas formas: uma, estabelecendo a colaboração e o consenso das autoridades estatais nas decisões, outra, elaborando e prevendo meios de fiscalização recíproca entre os poderes estatais (freios e contrapesos)[77].

Nesse sentido, a separação de poderes busca limitar o poder do Estado frente à liberdade do indivíduo. Visa a colaboração criando estruturas capazes de conter os centros de irradiação de poder.

Assim, são as consequências funcionais trazidas pela teoria da separação dos poderes:

> A divisão de poderes importa numa repartição de funções a órgãos diferentes. Os órgãos se tornam, em centros parciais de imputação, pontos de referência de um complexo de normas (e seus respectivos suportes fáticos). Os órgãos carecem de personalidade própria: a personalidade total do Estado sobrepõe-se-lhes. Mas a cada órgão é distribuído um feixe de atribuições, de faculdades, de deveres e de meios disponíveis, para a execução de suas funções. Esse plexo de direitos/deveres (para dizer numa fórmula abreviada) é competência repartida. Há uma individualidade em cada órgão, uma diferenciação formal e material, indispensável para demarcar as relações jurídicas interorgânicas[78].

---

[77] DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, P.347.

[78] VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, P.273.

A divisão de competências entre os órgãos serve para limitar o poder conferindo diversos meios de atuação para que possa ser possível a especialização e o controle entre os poderes estatais de forma recíproca.

A Carta Magna, influenciada pelo pensamento iluminista francês, em seu art. 2º, alude que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". A consagração do princípio da Separação dos Poderes foi atribuída inclusive à categoria de cláusula pétrea, no art. 60, § 4º, III, não sendo possível sequer sua reforma pelo Poder Constituinte Derivado.

No Título IV, da Constituição Federal estão previstas as regras concernentes à organização dos poderes, normas estas materialmente constitucionais, ao lado dos direitos e garantias fundamentais. Neste prisma, estabelecem-se, pormenorizadamente, as funções de cada poder: executar, legislar e julgar.

Ressalta-se duas questões de extrema importância: a primeira é que, normalmente, as três funções não se limitam a uma atribuição intrínseca, pois como se sabe o Legislativo legisla, administra e julga, o Executivo legisla, julga e administra, e o Judiciário julga e administra. Suscitando uma segunda questão, tem-se a Teoria dos Freios e Contrapesos, permitindo que haja uma cooperação entre os poderes, como o veto do Chefe do Executivo a uma lei, a declaração de inconstitucionalidade do Poder Executivo, a fiscalização e julgamento de contas do Executivo pelo Poder Legislativo, dentre outras atividades desempenhadas entre os órgãos.

Diante desta realidade, destaca-se que, o princípio da separação de poderes não se caracteriza mais por aquela austeridade de tempos atrás. O crescimento das funções estatais cominou em nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os poderes Legislativo e Executivo e destes com o poder Judiciário, assim, atualmente se fala-se em colaboração entre poderes, que é a característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento, enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes[79].

---

[79] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, P.113.

A ampliação dos desempenhos dos órgãos estatais trouxe uma nova reflexão da teoria da separação dos poderes, sendo preferível falar em colaboração entre os poderes ou funções do Estado na busca de atingir o desígnio público.

Discute-se sobre as limitações que devem existir quando da atuação de um poder em relação a outro, de modo que não haja a violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, especialmente em matéria de controle de constitucionalidade. Sobre este tema, destaca Kelsen, que no que se refere ao Decreto é importante o controle concentrado porque qualquer violação à Constituição significa um atentado ao limite de atuação do Executivo em face do Legislativo[80].

De outra forma, as intervenções do poder executivo no legislativo têm diminuído consideravelmente o princípio da separação dos poderes, bem como o interesse nesse estabelecimento em razão da unidade do poder político gerada com a governabilidade necessária, conforme se verifica:

> É interessante anotar que Karl Loewenstein já asseverava a seu tempo que "nada mostra mais claramente a superação da tradicional 'separação dos poderes que a posição do governo no processo legislativo (...) em lugar de estar excluído do processo legislativo, o governo está inseparavelmente unido a ele". Ressalte-se que é universal o fenômeno da participação ativa do Executivo no processo legislativo, sendo que quase todas as Constituições conferem à Chefia daquele Poder atribuição para iniciativa de lei e, quando não há atribuição formal, o Executivo o faz indiretamente, como nos Estados Unidos[81].

Em outro sentido, no que diz respeito a realidade portuguesa, porém aplicando-se ao sistema brasileiro, esclarece que a união do poder político suscitada por grande parte dos parlamentares torna conhecidas todas as normas constitucionais que conceituam as esferas de classificação do poder legislativo ou

---

[80] KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, P.156.
[81] BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, P.136.

de responsabilidade política governamental perante o parlamento: a acepção resultante das leis de autorização legislativa do parlamento visando vincular o executivo no exercício do poder legislativo delegado, é simplesmente uma formalidade, como a existência de matérias privativas à decisão da maioria parlamentar que simplesmente se configura como uma norma de classificação de atividades dentro de um setor político-decisório, observando-se que mesmo ao acaso dos movimentos de censura a um executivo majoritário se encontra sempre antecipadamente determinada[82].

Tem-se que, conquanto importante, diante da necessidade de limitação de poderes e da implementação do sistema de freios e contrapesos, a tripartição de funções muito debatida na teoria, na prática perde relevo num sistema em que há um único bloco político-decisório comandado pelo Chefe do Poder Executivo. O Executivo participa de modo ativo e porque não dizer protagonista da atividade legislativa. Por isso mesmo, ainda que diante da reserva de lei, o Executivo em geral consegue aprovar as normas que deseja.

4.4. AS NORMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSTITUCIONALIZADAS

Analisando o constitucionalismo, percebe-se o desenvolvimento do aspecto constitucional das normas da Administração Pública no Direito Brasileiro. O Direito Administrativo constitucionalizado, residualmente, todo o direito, importa a tentativa do legislador constituinte em perenizar ideais que, por serem considerados importantes, devem ser protegidos dos impropérios legislativos e da maioria ocasional, sempre presente no risco democrático[83].

Com o direito administrativo constitucionalizado, a lei passa a ser mais um embasamento da atividade exercida pela administração pública, e não a última ou única. A Constituição Federal - sistema aberto de regras e princípios[84] - é o ponto

---

[82] OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003, P.146.

[83] BINEMBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, P.54.

[84]. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, P.1157-1159.

central da vinculação administrativa à juridicidade, conformando a atuação do administrador ao direito como um todo e não somente à lei.

As implicações da constitucionalização do direito administrativo podem ser refletidas à luz do pensamento de Kelsen e sua teoria normativa, posto que o referido autor trouxe o direito a partir de um escalonamento de normas, em que a norma de padrão inferior busca seu embasamento de validade na norma superior, e assim sucessivamente, até que a Constituição sirva de base de fundamento para todo o sistema positivo. Acima dela, e como seu fundamento, tem-se a norma fundamental que não é posta, mas pressuposta, e possui definição lógico-formal.

Observando a pirâmide, que se tornou a marca da teoria de Hans Kelsen, de cima para baixo tem-se que a norma superior determina a forma de criação da norma inferior e, eventualmente, o seu conteúdo. Desta forma, sempre existirá um grau de indeterminação nos sucessivos atos de aplicação do direito e toda norma que tenha uma significação possível estará em conformidade com o direito. Vejamos: "O direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível[85]"

O Estado, na concretização do direito, acaba por interpretar a norma e, realizando conduta dentro dos parâmetros das condutas exigíveis e estabelecidas em lei, atua segundo o direito. O ente administrativo, por vezes, na efetivação da norma superior, acaba por estabelecer uma norma inferior, que pode se revestir de características inclusive normativas e, desse modo, submeter-se diretamente ao controle de constitucionalidade, conforme relata Kelsen:

> É o caso dos decretos de necessidade. O controle de sua constitucionalidade é tanto mais importante porque qualquer violação à Constituição significa aqui um atentado ao limite, tão importante politicamente que se estende entre a esfera do governo e parlamento. Quanto mais estritas as condições em que a Constituição os autoriza, tanto maior o perigo de uma

[85] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, P.390.

> aplicação inconstitucional dessas disposições, e tanto mais necessário um controle jurisdicional de sua regularidade[86].

Vislumbra-se dessa forma, que a atividade administrativa encontrará limites, conforme ressaltado em linhas anteriores, onde na teoria da separação dos poderes cada ente encontrará limites na sua atuação, havendo a necessidade de freios e contrapesos, para que o Poder Executivo não retome as falhas ocorridas nos Estados Absolutistas e Nacionalistas, em que o Chefe do Executivo não conhecia limites para sua atuação.

4.5 A DESTINAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS NA REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Há de se ressaltar que ainda existe uma vasta discussão acerca dos direitos fundamentais sociais e da eficácia social dos mesmos, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde.

A Constituição Federal garante a aplicação a todos de forma indissociável de que direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível. Dessa forma, sabe-se que o bem jurídico constitucionalmente tutelado, ocorrendo em sua integralidade, de maneira responsável o Poder Público, a quem compete estabelecer e pôr em prática as políticas sociais e econômicas visando garantir a população, o acesso a todos de forma igualitária à assistência médico-hospitalar.

Estudos baseado nos gastos com a saúde no Brasil, retrata que o nosso país é um dos países em que apresenta menos gastos realizados pelo governo com saúde, em relação aos gastos do governo destinados à saúde nos países da américa. Em alguns países americanos não se discute financiamento no âmbito da saúde sem discutir seguridade social. O Brasil é um dos poucos países em que o sistema de financiamento de saúde não está diretamente ligado ao sistema

---

[86] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional. Trad. Maria Ermantina Galvão**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, P.156.

de seguridade social. Até a Constituição de 1988 os gastos do governo com saúde eram ligados a seguridade social, após a atual Constituição tais gastos deixaram de ser vinculados a tal sistema[87].

Verifica-se desta forma que, a saúde apesar de ser prioridade numa vasta lista com os gastos pela administração pública, não vem apresentando os gastos suficientes do qual necessita a população, carecendo de um comprometimento maior com a realização de reformas no setor de saúde no Brasil.

A Carta Magna garante a todos os brasileiros, sem qualquer distinção, o acesso integral à saúde. Em 26 anos de existência, o Sistema Único de Saúde ainda não conseguiu cumprir o determinado constitucionalmente, como a integralidade, universalidade e atendimento de forma igualitária, garantindo apenas a gratuidade.

A falta de recursos está na origem de tamanho descontentamento. Em harmonia entre especialistas, profissionais e população o diagnóstico da saúde aponta para diversos tratamentos, a maioria deles baseado na mesma solução, qual seja: mais recursos públicos para subsidiar o SUS.

Nesse liame, cumpre ressaltar uma passagem do ilustre relator o Ministro Eros Grau, no julgamento da ADI nº 3.305:

> A máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual não seja possível encontrar uma razão adequada que surja da natureza da coisa ou quem de alguma forma, seja compreensível, isto é, quando a disposição tenha de ser qualificada de arbitrária[88].

O direito à saúde está descrito na Constituição Federal como direito fundamental social e subjetivo. A mencionada norma era compreendida como norma programática, se fazendo necessário uma norma regulamentando a forma

---

[87] BISOTO JUNIOR, Geraldo, Pedro Luís de Barros Silva e Sulamis Dain. **Regulação do Setor Saúde nas Américas: as relações entre o público e o privado numa abordagem sistêmica.** Brasília: Organização Pan-Americaca da Saúde, 2006, P.113.

[88] GRAU, Eros. **Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461. ADI nº 3.305-DF, Relator Ministro Eros Grau, Data de julgamento: 13/09/2006. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2015.

efetiva pela qual seria concretizado este direito. Contudo, o referido entendimento foi mudado pelos Tribunais Superiores e passou a ser norma de eficácia plena e direito fundamental social garantido constitucionalmente.

Partindo da premissa que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, temos que a responsabilidade no cumprimento desse direito recai sobre todos os Entes Federativos de forma solidária e que a concretização do referido direito tem um custo para todos os entes da administração pública, assim, a realização do serviço de saúde à população requer um programa que deve ser baseado em estatísticas.

Assim, valendo-se da determinação na Carta Magna e do conceito de solidariedade apresentado pelo Código Civil, aonde o credor pode cobrar a concretização de qualquer dos devedores solidários, ou de todos eles de forma simultânea, o Poder Judiciário tem feito a aplicação das condenações solidárias nos casos em que os três entes federativos figuram no polo passivo da demanda e condenações específicas aos integrantes da lide, nos casos em que os autores da demanda ingressam em face de cada ente de forma individual.

A administração pública e seus agentes estão sujeitos, na efetivação de toda sua atividade, aos preceitos constitucionais, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e sua responsabilização.

Sabe-se que os recursos do Estado são limitados e as necessidades públicas são ilimitadas, assim, faz-se necessário a efetivação do direito à saúde por meio de políticas públicas, pois há um controle maior pelo Ministério da saúde no repasse aos demais entes federados.

Importante ressaltar o pensamento sobre os campos de atuação autônomos e independentes dos entes Federação Pública, onde a importância desse poder de vincular sua linha de prioridades é fundamental para a preservação da autonomia de cada governo. Pode ocorrer que a linha de prioridades determinadas pelo administrador central não coincida com o julgamento de importância dos assuntos feitos pelo administrador regional ou local. Como também pode ocorrer que um administrador pretenda que outro cuide com determinado empenho de um problema específico, destinando a maior parte dos recursos financeiros destes últimos para a solução desses problemas[89].

---

[89] DALLARI, Dalmo Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Moderna, 1998, P.30.

Não obstante a solidariedade em linhas traçadas pela Constituição Federal, não se pode abstrair o instituto da independência entre os entes da administração pública.

O Supremo Tribunal Federal através do Ministro Celso de Melo, pronunciou-se:

> O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...). (RE 271286 AgR/RS, 2ª T., Relator Min. Celso de Mello, DJU de 24.11.00, p. 101)[90].

O STF censura a omissão do poder público, qualquer que seja a esfera de atuação no plano da organização federativa, relatando que a administração pública não pode ser indiferente ao interesse público na área da saúde, fazendo suprir os anseios básicos dos indivíduos.

Entrando em uma parte mais exemplificativa da presente explanação, serão abordados a seguir alguns elementos do SIAFI e do CFM que revela o real gasto da administração pública com a saúde no Brasil:

---

[90] MELLO, Celso de. **Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde.** Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538 RE 271286 AgR/RS, 2ª T., Relator Min. Celso de Mello, DJU de 24.11.00, p. 101. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2015.

> Baseado em dados do Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI), o CFM revela os resultados da falta de qualidade da gestão financeira em saúde. Do total de R$ 9,4 bilhões disponíveis para investimentos em unidades de saúde em 2013, o governo desembolsou somente R$ 3,9 bilhões, incluindo os restos a pagar quitados (compromissos assumidos em anos anteriores rolados para os exercícios seguintes). Os valores foram bem inferiores aos investimentos dos Transportes (R$ 11 bilhões), Defesa (R$ 8,8 bilhões), Educação (R$ 7,6 bilhões) e Integração Nacional (R$ 4,4 bilhões). Até compreendemos a necessidade de proteção da soberania nacional. No entanto, milhões de profissionais de saúde e pacientes enfrentam uma guerra real nas filas das urgências e emergências de todo o país, onde vidas são ceifadas diariamente por falta de equipamentos para cirurgias, diagnósticos e leitos", acrescentou o vice-presidente do CFM, Carlos Vital. Para 2014, R$ 9,9 bilhões estão previstos para investimentos na Saúde. Em 13 anos, R$ 47 bilhões deixaram de ser investidos – Os dados apurados pelo CFM mostram ainda que, nos últimos 13 anos (2001 a 2013), foram autorizados R$ 80,5 bilhões específicos para este fim. No entanto, apenas R$ 33 bilhões foram efetivamente gastos e outros R$ 47,5 bilhões deixaram de ser investidos. Em outras palavras, de cada R$ 10 previstos para a melhoria da infraestrutura em saúde, R$ 6 deixaram de ser aplicados[91].

A Carta Magna tutela os direitos fundamentais sociais e a execução de metas de cunho social de forma rigorosa, ocorre que, conforme vimos acima, a concretização dessas normas não tem acompanhado os mesmos caminhos. Como sabe-se, as políticas públicas criadas pelo Ministério da Saúde não alcançam os indivíduos de forma efetiva, e para ponderar tal déficit, a defensoria pública e o Ministério Público vêm ingressando com demandas judiciais em grandes proporções, buscando a efetivação dos direitos fundamentais sociais, devido a omissão do Estado.

---

[91] Conselho Federal de Medicina. **Saúde representa só 8% do total de investimentos públicos no Brasil.** Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24511:saude-representa-so-8-do-total-de-investimentos-publicos-no-brasil&catid=3. Acessado em 08 de junho de 2015.

5. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO PARÂMETRO PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Inicialmente, ressalte-se, que a justiça social é uma terminologia bastante utilizada nas democracias constitucionais contemporâneas, sobretudo no que diz respeito a busca por uma sociedade justa e igualitária, mesmo em uma sociedade abalizada pelo elevado nível de desigualdades sociais e regionais.

Na democracia deliberativa a participação dos indivíduos vai além da mera participação eleitoral, estabelecendo assim, uma participação direta no domínio da esfera pública. Essa democracia deve envolver a efetiva possibilidade da sociedade participar publicamente de questões a serem decididas pela administração pública.

A democracia deliberativa se reveste de várias formas, desde os clássicos existentes como referendo e plebiscito, até intervenções diferenciadas na formação de outras decisões como o veto popular (que tramita no senado desde 2003) e caracteriza-se pela manifestação popular contraria a determinada lei elaborada pelo poder legislativo; os referendos revogatórios (o que permite ao eleitorado destituir um representante pelo voto direto, antes do fim do mandato), mecanismo adotado nos estados Unidos, Suécia, Argentina e outros, já no Brasil a ideia foi fortemente rejeitada; e os recalls (nome dado nos Estados unidos aos referendos revogatórios).

Para haver legitimidade na deliberação, deve-se ter um contexto livre, aberto e igualitário. A participação deve ser livre de qualquer coerção física ou moral. Todos devem ter iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Os pressupostos para uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito, sendo entendido como requisitos da democracia[92].

A teoria do discurso retrata o poder do povo por meio da democracia deliberativa utilizada nas audiências públicas de saúde, fazendo assim, com que haja uma política inclusiva pela participação da população, possibilitando também um maior peso nas decisões da administração pública para um planejamento

---

[92] BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** 8º ed., Rio de Janeiro: renovar, 2006, P.44.

plausível na realização das políticas públicas no Brasil, concretizando o real Estado Democrático de Direito.

Desta forma, será investigado como a democracia deliberativa pode apresentar elementos que afastem a omissão do poder público na realização das políticas públicas de saúde no Brasil.

Sabemos que no Estado democrático de direito, compete à legislação política a função central. Assim, será atingido todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas[93].

Enquanto participantes da teoria do discurso, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política[94].

A concepção de Habermas sobre a democracia deliberativa, demonstrado pela compreensão do poder comunicativo, deixa claro ao poder público as necessidades da população direcionando o uso das prerrogativas da administração pública para determinados problemas na área da saúde.

Desta forma, essa concepção se justifica pelo fato de que a efetividade do direito fundamental à saúde não deve ficar à mercê somente do poder público, mas também da população que deseja exercer sua democracia de forma plena.

Ninguém melhor que o cidadão para demonstrar as suas necessidades, deixando de ser mero expectador e passando a participar do futuro da saúde pública no Brasil, iniciando as ações que forem fruto de um consenso entre o poder público e o cidadão.

O objetivo aqui não é outro senão o de nos valer de todos os paradigmas postulados na teoria habermasiana que teve em mira o potencial emancipatório da sociedade que se firma como a base sobre a qual se deve edificar toda e qualquer proposta de legitimação para o exercício do poder[95].

---

[93] HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Frankfurt/M: Editora Suhrkamp, 1994, P.142.
[94] Idem, P. 138.
[95] GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas.** Curitiba: Editora Juruá, 2013, P.106.

Assim, o procedimento da democracia deliberativa constitui o ápice central do processo democrático, onde uma estrutura comunicativa revela a opinião, a necessidade e a vontade política de uma sociedade civil, caracterizando-se na melhor forma de realizar os anseios sociais, resolvendo a problemática do direito fundamental social à saúde.

5.1 O CONTROLE SOCIAL PROPOSTO PELA COSTITUIÇÃO FEDERAL

A administração pública precisa aprender a pensar e aceitar o controle social como uma determinação constitucional, pois esse controle tem respaldo no artigo 1º, incisos I, II, III, IV, V e parágrafo único da Constituição Federal[96], desta forma, caberia aos gestores públicos somente aplicar a norma, já que possui envergadura constitucional.

Neste ponto, é sistemático o conceito de Controle social onde temos um conjunto de processos e estruturas de controle, por parte da sociedade civil, onde são realizados de forma individual ou coletivamente, sobre os elementos político-institucionais estatal. Esses processos precisam de iniciativa das próprias instituições públicas, devido a necessidade de preencher as falhas de organização da sociedade civil. A iniciativa tem fundamento no próprio Estado Democrático de Direito. Tal iniciativa é de extrema importância para gerar confiança e competência nos desígnios que determinam a estrutura estatal a chamar a sociedade civil[97].

Com efeito, estamos diante de um elemento de conhecimento, previsto constitucionalmente, onde auxilia os gestores públicos na concretização de suas

---

[96] BRASIL, Constituição da República Federativa do (1988). Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania;
II – a cidadania;
III – a dignidade da pessoa humana;
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V – o pluralismo político
Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[97] KELLES, Márcio Ferreira. **A complementariedade dos controles interno e externo da administração pública mediados pelo controle social.** coordenadores: Cristina Fortini; Miriam Mabel Ivanega. **Mecanismos de Controle Interno e sua Matriz Constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, P.97.

ações a ganhar legitimidade, pois quanto mais a sociedade civil participar das decisões, mais se atingirá o interesse público.

Verifica-se assim, que todas as instituições públicas têm como dever, estabelecer à extensão democrática e serem autores de performances entre o indivíduo e o Estado, de maneira que aquele participe do crescimento do Estado brasileiro.

Merece ser mudado o alvo de inflexão do Estado para que passe a ser legitima a participação da sociedade civil como meio de concretizar de forma eficiente as necessidades públicas.

Nesse ponto, é emblemática a posição do Tribunal de Contas da União, que inovou apresentando o instituto do "diálogo público"[98] expondo o caminho da aproximação dos cidadãos com os gestores públicos, onde os diálogos públicos devem ser sempre priorizados.

O TCU trouxe uma detida análise acerca da possibilidade e a viabilização do diálogo público serem alcançados por nossos gestores através dos cidadãos nos casos em que, prevista sua direção no texto constitucional, essas venham a ser cumpridas ou implementadas pelas instâncias governamentais, tornando mais eficiente, eficazes e efetivas no que diz respeito aos interesses públicos.

A criação de políticas no âmbito geral, exigem idealização, organização, ponderação e controle. A implantação dos serviços seja de saúde, de educação ou de assistência social constituem ações adimplidas pelos municípios de todos os Estados brasileiro.

É bom esclarecer que por meio dos conselhos, que será esmiuçado adiante, é que se garante a participação do cidadão na gestão pública. Essa representação acontecerá de forma igualitária por eleição de representantes do governo, mas não somente dessa forma, como também participando ativamente das decisões tomadas no âmbito governamental ou fiscalizando as destinações dos recursos públicos em determinadas áreas específicas, como a saúde.

Algumas situações devem estar sempre presentes no dia-a-dia da sociedade, respaldando a efetiva necessidade de participação, são elas:

---

[98] Revista do Tribunal de Contas da União – Brasil, ano 46, número 129, Janeiro/Abril 2014. http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2657720.PDF, acessado em: 15 de junho de 2015.

liberdade, democracia, pensamento crítico e antecipação de futuros problemas. Essas situações nos fazem pensar em qual democracia almejamos viver e que tipo de liberdade pretendemos e como podemos colocar em prática a nossa cidadania e sermos agentes influentes no crescimento da nossa sociedade civil.

O indivíduo empenhado na participação democrática, conhece, pergunta, debate ideias sobre elaboração de qualquer decisão no âmbito da administração pública, a demonstração de interesse é a melhor forma de democracia deliberativa.

5.2 A PARTICIPAÇÃO DOS CONSELHOS NA GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA

Na sistemática análise do texto constitucional, estranho seria por meio de cláusulas pétreas garantir, a vida e a integridade física do ser humano e não garantir com a mesma eficácia de cláusula imutável, visto que a saúde, sem proteção, pode levar a situações graves, até mesmo a morte. A tutela estatal da saúde decorre dos princípios determinados pela Constituição Federal, e, como resultado, é limitação material implícita a obstar sua abolição, ou redução, por emenda constitucional[99].

Diante desse cenário, extrai-se a importância que há num legítimo direito fundamental social, onde grande parte da população brasileira não possui condições de custear os serviços de saúde essenciais, sem interferir no próprio sustento, motivo pelo qual a administração pública tem por obrigação arcar com esses custos de forma efetiva e eficiente.

Diante da ineficiência estatal em cumprir de forma eficaz as necessidades básicas, necessário se faz a participação popular por meio dos conselhos, tornando pública toda forma de gerir os interesses públicos.

Iniciando pelo CNS, a participação popular no comando da gestão pública de saúde é demandada desde a década de 70. Assim, a lei 8.142/90, instituiu os conselhos de saúde como ferramentas de controle social, por meio dos quais acontece a participação da sociedade, ao lado do gestor público, no acompanhamento e na definição de políticas públicas de saúde. Além de

[99] NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal**: **Direitos e garantias fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, P.89.

incorporar várias frações da sociedade, este novo CNS possui caráter deliberativo: pode analisar e deliberar sobre assuntos de saúde pública, através de resoluções, que devem ser adotadas pelo Ministério da Saúde[100].

O Decreto 1.448 de 1995 instituiu as entidades com representação no Conselho Nacional de Saúde. A composição do CNS é paritária a fim de manter estabilização dos interesses coletivos, ressaltando ainda que, as funções dos membros não são remuneradas, considerando que o exercício é de relevante serviço prestado à preservação da saúde da população.

O conselho popular institui um novo caminho de participação da sociedade que amplia a conscientização por parte dos membros do conselho de Saúde sobre os seus direitos. Legitimado pelas autoridades, representava uma inovação importante da participação popular construindo o elo entre a população, os funcionários do Centro de Saúde e o Estado[101].

Desta forma, os integrantes do conselho popular são representantes da sociedade civil, seja de modo individual ou de modo coletivo, onde os funcionários podem participar, desde que representem a região e na condição de usuário. Nesta primeira análise, o conselho de saúde funciona como meio de consulta da administração pública.

Ressalte-se algumas etapas pelo qual passa a gestão no âmbito da saúde: a primeira etapa, é a cobrança dos elementos pelo qual se presta os serviços aos cidadãos; na segunda etapa são criados os primeiros conselhos populares, onde os cidadãos fiscalizam e controlam as Unidades de Saúde, por último temos a instituição dos conselhos paritários, ou seja, a sociedade se reúne em paridade/igualdade com o governo para concretização dos interesses, surgindo uma parceria entre a administração pública e a sociedade civil, constituindo o conselho de saúde, como meio de deliberação de políticas.

Assim, pode-se dizer que os conselhos populares são fundamentais para integrar a política formal, existindo uma redefinição de como se tomar decisões dentro da esfera estatal, como também o surgimento da afinidade sociedade-Estado, assim, a participação popular institucionalizada no interior do Estado

---

[100] Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde, http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/. Acessado em: 15 de junho de 2015.

[101] MACHADO, Leda Maria Vieira. **Atores sociais: movimentos urbanos, continuidade e gênero.** São Paulo: Annablume, 1995, P.34.

comporiam um sistema misto. A democracia representativa estaria diretamente vinculada a democracia participativa, por meio dos parlamentares escolhidos pelos cidadãos e da participação dos grupos pertencentes a sociedade civil, como movimentos sociais, igreja, dentre outros.[102]

Essa participação popular demonstra o empenho de adequação à democrática manifestando-se em modificação qualitativa nas suas atitudes. Este movimento representa um grande salto na sociedade, temos como exemplo, a prevalência de negócios do tipo corporativo, que os fariam concorrer diante da administração pública pelo seu atendimento, uma relação puramente de consumo com o Estado.

Inicia-se a criação dos conselhos de saúde pelo Decreto n. 66.623 de 1970, que estabeleceu a organização administrativa do Ministério da Saúde, dispondo sobre a estrutura básica, na qual o Conselho Nacional de Saúde consta como órgão de consulta. Em 1974, o Conselho Nacional de Saúde passa à categoria de órgão colegiado com o propósito de analisar e mostrar soluções de problemas concernentes à promoção e à recuperação da saúde.

A Lei n. 6.229 de 1975 estabelecia a organização do Sistema Nacional de Saúde, tendo como órgão soberano o Conselho de Desenvolvimento Social, constituído pelos ministros da área social, transformando o sistema já existente em um sistema organizado, o que expandiu as atribuições do Ministério da Saúde.

A Lei 6.229/75, foi revogada pela Lei 8.080 de 1990 que estabelece as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes que proporá, em cada esfera governamental, a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde.

Com o advento da Lei 8.142/90, que cuida da participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, o conselho de saúde passa a ser permanente e com a característica de órgão deliberativo em todas as instâncias da administração pública, atuando no comando da execução dos serviços de saúde, como também cuidando dos aspectos financeiros e econômicos.

---

[102] BENEVIDES, Vitória de Mesquita. **A Cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. São Paulo: Ática, 1991, P.44.

Sem os conselhos de saúde legitimados para atuar nas esferas administrativas não haveria esse avanço reconhecidamente que impede a arbitrariedade do Estado através do controle realizado pela sociedade civil, no âmbito da saúde. Revela-se a importância política, onde os conselheiros se pronunciem nas suas respectivas esferas por meio de exposições frequentes sobre os conteúdos debatidos e os resultados alcançados em reuniões no conselho de saúde.

A participação e a legitimidade dos conselheiros em relação aos institutos da sociedade civil vêm com os anos passando por grandes transformações e experiências, que de forma efetiva tem contribuído com as realizações dos anseios sociais, aperfeiçoando-se e deixando vários preceitos. Os administradores de cada esfera devem promover aos conselheiros os meios de informações para que possam trabalhar eficazmente.

Por esse motivo, procede a reflexão da teoria trazida por Habermas que será analisada a seguir.

5.3. A TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO POR JÜRGEN HABERMAS

Destaque-se, que essa teoria filosófica age em benefício da integração social, advindo a democracia deliberativa e a cidadania, permitindo que sejam solucionados os conflitos existentes na sociedade, utilizando a melhor forma possível, qual seja, o consenso de todos a população interessada.

O que mais importa na teoria do discurso é, inquestionavelmente, acabar com a arbitrariedade nas questões decididas politicamente, sem a participação ativa e igualitária dos maiores interessados, que são os cidadãos, que buscam a solução dos problemas. Essa é a teoria defendida por Habermas.

Um modelo de direito, para que proporcione uma maior garantia jurídica, terá que ser intersubjetivamente compartilhado com todos. Isso também é válido para uma compreensão procedimentalista do direito, inclusive por trabalhar com vários paradigmas.

É necessário que haja a teoria do discurso jurídico, capaz de criar e aplicar normas jurídicas, que resolvesse os mesmos problemas sociais. Os argumentos permitem a sustentação de razões, considerando a observância das condições do

discurso, de forma que uma pretensão de validade seja sustentada e debatida pela ação racional de participantes do discurso. O que Habermas propõe é problematizar no contexto de uma teoria da argumentação as questões levantadas, em busca da teoria discursiva do direito. Isto permite analisar a aceitabilidade racional dos juízos sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação, e também a validade poderia ser fundamentada na pragmática[103].

O método de argumentação do direito é admissível através da teoria do discurso, devendo assim, manter o procedimento acessível a participação de todos e permitir que novos argumentos sejam assentados. Esta atuação atinge os diferentes níveis de argumentos sustentados.

Conforme a teoria do discurso jurídico, o processo argumentativo deverá reverenciar as formas de fala igualitárias para ser válido, como também a liberdade, buscando sempre a oitiva universal, do qual prevalecem os melhores argumentos. Dessa forma, é preciso que haja a relação intersubjetiva que é própria da linguagem.

Assim, se faz necessário que tenha aberturas no direito para outros conteúdos de outras classes. Com isto, poder-se-ia aferir a conformidade da decisão pelo preenchimento das categorias comunicativas da argumentação. Neste sentido, é salutar deixar claro que os discursos jurídicos não se confundem com a argumentação moral, possuindo entre elas relações diferentes.

Apesar da divergência, entende Habermas que o discurso moral é um discurso, dentro outras formas de discursos existentes, nos quais a legislação se sustenta. “A legislação política não se apoia somente, e nem em primeira linha, em argumentos morais, mas também em argumentos de outras providencias”[104].

É esclarecedor a visão trazida por Habermas:

> A formação da opinião e da vontade política não se realiza apenas na forma dos compromissos, mas também segundo o modelo dos discursos públicos, que visam a aceitabilidade racional das regras, à luz de interesses generalizados, de

[103] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2003, P.286-287.
[104] Idem. P. 290.

> orientações de valor compartidas e de princípios fundamentados.
> [...]
> Um processo legislativo e de tomada de decisões políticas, instruído de modo discursivo e sem perder de vista o que acabou de ser dito, tem de respeitar tanto as preferências existentes quanto os valores e as normas. Desse modo, esse processo se qualifica muito bem para a tarefa de assumir o papel de fiador político em caso de inadimplência das funções de integração ocorrida num outro ponto[105].

Este aspecto anseia em um conceito intersubjetivo conjecturando nas sociedades multiculturais só se mantendo ligadas por meio de uma cultura política como essa, que já demonstrou por diversas vezes sua eficiência, a democracia deve ser compensada não somente sob os direitos políticos à participação, como também por meio do prazer profano de direitos sociais e culturais ao compartilhamento[106].

O processo democrático está inserido na ideia habermasiana sobre o discurso jurídico que institui a legitimidade para o direito. E nesse procedimento, diversas resoluções de discursos interferem na concepção de normas jurídicas. Assim, a validade jurídica não depende da validade moral.

Sabe-se que o julgador assume posição de imparcialidade, buscando a forma justa no caso concreto e a uniformidade da aplicação e aperfeiçoamento do direito. Apesar de tudo isso, inclusive da imparcialidade, o processo judicial não é orientado pelo discurso racional. As partes que fazem parte do processo querem sempre uma decisão que lhe favoreça, porém, todas as partes envolvidas argumentam para que o juiz imparcial leve em consideração ao final na decisão. São nestas situações que se têm o discurso jurídico.

Dito isto, sabe-se que a teoria habermasiana do discurso tem sua finalidade amparada no consenso. Com isso, quando se obtém o consenso por meio de argumentos variados, chega-se a validade da norma, construída pela coletividade.

---

[105] HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada.** Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2002, P.164.
[106] Idem. P. 142.

Resta evidenciada a importância dada aos princípios quando diante dos casos complexos, somente eles oferecem a possibilidade de os juízes e tribunais extraírem da argumentação a solução que entendam correta.

As normas que são utilizadas à argumentação são as que restringem, a aplicação dos princípios jurídicos, tornando-os meios de aplicação para decisão, jamais de discussões.

A teoria do discurso, deve ser realizada mediante a união do discurso jurídico e a administração pública, para que haja a edificação de uma regra argumentativa oriunda dessa discussão.

A ideia habermasiana apresenta dois tipos distintos de discursos, nos quais os discursos de aplicação há uma prática interpretativa e as formas pelos quais se utiliza os consensos oriundos dos discursos de fundamentação. A principal diferença entre o discurso de aplicação e o discurso de fundamentação para o direito é que o de aplicação é de âmbito jurídico e o de fundamentação é de âmbito legislativo. No discurso de fundamentação o agir comunicativo orientado pelo entendimento é condição de possibilidade para a formação de um consenso, enquanto no de aplicação não há necessidade de nenhuma forma de agir com vistas ao entendimento[107].

O discurso jurídico harmoniza-se respeitando as regras dos processos de argumentação. A teoria do discurso jurídico trazida por Habermas, desponta aspectos sólidos que por meio delas pode-se abranger a legitimidade da fundamentação e da aplicação do direito nas sociedades. O mais importante está na eficiência da decisão, para que abranja o interesse de todos. Do interesse geral resulta que as decisões devem manter consistência com a ordem jurídica.

5.4 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE EM FACE DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A consolidação da democracia deliberativa facilita a efetivação do direito social à saúde, considerando a adaptação do princípio da soberania popular junto

[107] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2003, P.230.

às necessidades estatais, onde a ideia central jamais pode ser desviada, do qual o governo é do povo, pelo povo e através do povo[108].

A concepção da democracia procedimental deliberativa no papel do cumprimento do direito social à saúde, traduz-se na institucionalização, pelo potencial político na esfera pública.

Habermas é o maior defensor da democracia deliberativa e na sua linguagem o procedimento dessa democracia estabelece a essência do processo democrático. Por vez, a esfera pública, é a categoria normativa chave do processo político deliberativo habermasiano. A esfera pública é tida como uma composição intermediária que faz a ligação entre o Estado, o sistema político e os setores privados. Uma estrutura comunicativa, um centro de comunicação pública, que revela um raciocínio de natureza pública, de formação da opinião e da vontade política, arraigada na vida através da sociedade civil. A esfera pública tem a ver com o espaço social do qual pode emergir uma formação discursiva da opinião e da vontade política[109].

No entanto, a democracia pode ser entendida como instituto que admitem a participação dos interessados nas deliberações de um conjunto coletivo, distinto de um conjunto político.

Habermas por sua vez, traz uma definição generalizada:

> Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois ela constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdo, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicativos são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma

[108] BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, sociedade: por uma teoria geral da política.** Tradução Marco Aurélio Noqueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012, P.154.
[109] HABERMAS, Jürgen. ***Faktizität und Geltung.*** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, P.359-360.

> linguagem natural; ela está em sintonia com a *compreensibilidade geral* da prática comunicativa cotidiana. Descobrimos que o mundo da vida é um reservatório para intenções simples; e os sistemas de ação e de saber especializados, que se formam no interior do mundo da vida, continuam vinculados a ele. Eles se ligam a funções gerais de reprodução do mundo da vida (como é o caso da religião, da escola e da família), ou a diferentes aspectos de validade do saber comunicado através da linguagem comum (como é o caso da ciência, da moral e da arte). Todavia, a esfera pública não se especializa em nenhuma destas direções; por isso, quando abrange questões politicamente relevantes, ela deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada. A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicativa do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana[110].

Vale enfatizar os diversos procedimentos da participação pública na tomada das decisões políticas. Nesta esteira, a sociedade civil exerce um importante papel como interlocutores das autoridades públicas, exercendo o papel de cidadão, participando não somente do processo eleitoral, como também ativamente nas decisões da esfera pública. Vislumbra-se que as questões sociais devem ter a participação de todo cidadão, entendendo que uma sociedade livre e democrática, tem uma administração pública que trabalha pela argumentação e pelo discurso.

Diante desse cenário, temos que a efetivação do direito fundamental social à saúde deriva da democracia deliberativa realizada no âmbito do poder público. Destarte, tal direito exige uma destinação, distribuição, bem como a responsabilização da administração pública por sua realização.

Essa ideia de democracia deliberativa, fundamentada nas ideias Habermasiana relata que, se a atuação for somente no processo eleitoral não garante a legitimidade das ações e decisões públicas. Dentro do modelo da democracia deliberativa, as decisões políticas serão autênticas se forem baseadas numa vontade pública concebida democraticamente em estruturas não regulamentadas e desprovidas de relações de poder, denominadas de “esfera pública”. Cabendo a essas esferas públicas justamente influenciar o sistema político.

---

[110] Idem, P. 435.

Verifica-se desta forma, a necessidade de se dinamizar a democracia[111] através da participação popular e por meio de instrumentos de controle, dando chance ao cidadão de exercer diretamente a busca pelo interesse geral, sendo a participação a dinâmica da democracia deliberativa que conduz o processo político.

Diante da relevância da saúde no Brasil, outorgou-se aos entes administrativos, a assistência pública à saúde, com ações e serviços de saúde, que estabelece o modo pelo qual o ente público cumpre sua obrigação na relação jurídica de saúde, tendo a participação de qualquer cidadão influenciando nas decisões administrativas de forma democrática. Desta forma, tem-se a melhor forma de concretização dos interesses públicos.

5.5. AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO MEIO DE PARTICIPAÇÃO ATIVA

Audiência pública é o meio pelo qual se leva uma decisão política (administrativa ou legislativa) com transparência pela autoridade competente, dando oportunidade para que todo cidadão que sofra reflexos dessa decisão, possa dela participar, se manifestando através de sua vontade. A noção da participação popular, está diretamente ligada ao processo evolutivo da democracia ao longo dos anos, o qual é marcado pelo caminho da soberania popular, na busca pela sustentabilidade dos entes governamentais, em que se verifica a real preservação do poder político voltado aos fins coletivos, em um campo de maior participação e responsabilidade dos cidadãos.

Nesse contexto, é a visão do doutrinador Paulo Bonavides, no sentido de que, o processo democrático deixa de ser uma simples espécie de regime político e passa a ser tida como direito autêntico que conjuntamente ao direito de

---

[111] Dworkin relata que a democracia atualmente não se traduz num único conceito, mas em grandes controvérsias sobre a melhor versão possível da democracia. Na visão do referido doutrinador, o debate gira em torno da premissa majoritária como um ponto central, no sentido de que esta premissa indica que os procedimentos políticos devem se conduzir de tal forma que a decisão alcançada seja a resolução que favorece a uma maioria ou pluralidade de cidadãos, ou favoreceria se tivesse informações adequadas e tempo suficiente para essa reflexão. DWORKIN, Ronald. **La lectura moral de la constituición y la premisa mayoritaria.** Institutos de Investigaciones Jurídicas. Universidade Nacional Autónoma de México, 2002, P. 03-27.

informação e ao pluralismo formam a tríade necessária para a concretização da sociedade aberta, compreendendo ao futuro da cidadania[112].

A audiência pública é o meio mais eficaz em que há igualdade entre os governantes e governados, despontando as mais variadas opiniões dentro do contexto debatido, ciente de que, as opiniões fornecidas pelos governados não vinculam a decisão tomada pelo governante, posto que, têm caráter consultivo, embora devam ser levadas em consideração, acatando-as ou rejeitando-as.

Por meio da audiência pública, a participação popular nos assuntos de interesse público, se torna autêntica, tendo a ligação direta dos governados com a administração pública nos assuntos cotidianos daqueles.

O princípio da audiência individual ao princípio da audiência pública tem sua ascendência no direito anglo-saxão, baseando-se no princípio de justiça natural, o mesmo que sustenta a garantia de defesa nos casos particulares e o devido processo legal exaltado nos Estados Unidos e na própria Argentina. Esse princípio, na prática, se traduz em que, antes da edição de normas administrativas ou mesmo legislativas de caráter geral, ou de decisões de grande impacto na comunidade, o público deve ser escutado[113].

Bem andou Marcos Augusto Perez ao definir a administração pública como meio para se abrir à influência dos indivíduos e grupos que formam a sociedade civil, seja reivindicando por mais democracia por mais controle e por mais transparência nas decisões político-administrativas ou seja pela obrigação de se ter a realização das políticas públicas ou dos desígnios e interesses públicos de forma geral com maior efetividade[114].

Nessa esteira, definir o instituto da participação popular é possibilitar aos governados tomar parte na deliberação e na execução das atividades desempenhadas pelos entes administrativos, visando tornar essas decisões mais eficientes.

---

[112] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005, P.571.

[113] GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4. ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2. Disponível na Internet em <**http://www.gordillo.com/Pdf/2-4/2-4ªxi.pdf**. Acessado em 04.Julho de 2015.

[114] PEREZ, Marcos Augusto. **A Audiência Pública no Direito Administrativo Brasileiro.** coordenadores: Cristina Fortini; Miriam Mabel Ivanega. **Mecanismos de Controle Interno e sua Matriz Constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, P.101.

A audiência pública no direito argentino é constitucionalmente prestigiado como bem explicita a Constituição da Cidade Autônoma de Buenos Aires, chamando os administrados a discutir assunto de interesse geral.

A audiência pública se traduz num instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimação administrativa, convencionalmente determinada por lei, se desempenhando o direito de exibir as intenções, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação conceitual[115].

A prática das audiências públicas e outras formas de participação popular, encontram-se previstas na legislação brasileira, artigo 32 e 33 da Lei 9.784 de 1999[116], que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

Para que haja audiência pública, necessário se faz a relevância do assunto, não sendo suficiente somente o interesse geral, é relevante a informação de que a decisão no processo possa influenciar realmente no interesse de outros cidadãos que fazem parte da sociedade civil. De outra forma, se o interesse se configurar de grande importância, este irá além dos limites do processo administrativo e do próprio interesse da parte, atingindo terceiros[117].

A participação na audiência pública pode ser realizada através de um particular interessado diretamente ou por meio de associações, sociedades civis ou qualquer outra entidade que represente o interesse geral.

Têm-se, assim, que esse diálogo democrático, realizado entre governantes e governados, torna mais eficaz a solução de um conflito social, com uma participação mais ativa da população no cumprimento de seus interesses e uma efetivação mais eficiente, devendo ser criado um roteiro prático para realização da audiência, como também o lançamento de todos os temas discutidos postos em

---

[115] MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da Participação Política. Legislativa – Administrativa – Judicial.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992, P.129.

[116] Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

[...]

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

[117] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999)**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, P.187.

ata, constando todos os itens de sugestão para uma audiência pública, conforme sugere João Batista Martins César:

> Deve ser elaborado um regulamento para gerir a audiência pública, disciplinando a forma como se dará o diálogo com a sociedade. Assim, no despacho que definir a necessidade da realização da audiência pública, deverá ser consignado: a) quem presidirá a audiência pública; b) data de início e término dos trabalhos; c) pessoas que serão notificadas a comparecer à audiência pública; d) número de pessoas que serão ouvidas (defensores e opositores em número igualitário) e respectivo prazo de cada um; e) prazo para a indicação de pessoas a serem ouvidas; e) forma como a população poderá se manifestar –se por escrito ou oralmente, neste caso, indicando o prazo de cada um; g) ampla divulgação pelos meios de comunicação; h) a forma como será efetuado o registro dos trabalhos (ata, vídeo e áudio); i) esclarecer se será entregue notificação recomendatória aos presentes; j) a forma como será divulgada a conclusão da audiência pública; etc. Convém que se elabore uma lista de presença com os nomes completos dos participantes, bem como seus telefones e endereços[118].

Em consonância com o que fora relatado acima, o autor Hugo Nigro Mazzili, assevera que a audiência pública tem contribuído de forma ampla para evolução de uma democracia representativa para uma democracia participativa. A democracia representativa diz respeito a responsabilidade que deriva do exercício do administrador unicamente por parte da sociedade integrada pelos governantes; os administrados se apresentavam de forma passiva, como simples espectadores, sem nenhum tipo de iniciativa, controle ou decisão. Com a audiência pública temos a interatividade tirando os administradores da inércia e de levando-os a tomar responsabilidades, a assumir um papel de protagonistas e que ajuda a compatibilizar posições adversas e gerar o melhor conhecimento recíproco entre os distintos setores da sociedade. Assim, conclui-se que as audiências públicas não só têm servido como resposta solucionando as

---

[118] CÉSAR, João Batista Martins. **Audiência Pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais.** P. 4-5, **d**isponível em:http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/3124/1933 Revista do Mestrado em Direito, RVMD, Brasília, V. 5, nº 2, p. 356-384, Jul-Dez, 2011.

necessidades dos cidadãos como também permitem que as autoridades melhorem a qualidade da administração pública[119].

Como se sabe, somente os órgãos públicos podem realizar audiência pública, devido a competência da administração pública. Têm-se registros de algumas audiências públicas realizadas no Brasil de forma ordeira e organizada, há 10 (dez) anos, muitas audiências públicas foram promovidas na região de São Paulo, nas cidades de Ribeirão Preto, São José do Rio Preto, Sorocaba e São Carlos, com o intuito de chamar a sociedade para conscientização e estabelecer a necessidade de contratação de pessoas portadoras de deficiência, em cumprimento a disposição da Lei 8.213/1991[120].

A realização dessas audiências, representam um grande avanço na sociedade brasileira, deixando de lado a democracia representativa (de urna), para uma democracia deliberativa/participativa, com o efetivo diálogo e discussão dos problemas de interesse social, essa forma de participação só fortalece o regime democrático deliberativo.

Frente a todo exposto, conclui-se que a atuação popular na busca pela concretização de seus direitos, principalmente no que diz respeito ao direito fundamental social à saúde, se faz necessário para uma maior eficiência das normas constitucionais e dos valores por ela norteados.

Com todo esse empenho, o judiciário não deve ser sobrecarregado como a única possível esperança para a concretização do direito fundamental social à saúde, devendo as audiências públicas apresentar condições para um efetivo controle social, complementando o relevante papel dos conselhos de saúde.

Por fim, vislumbra-se, que para se alcançar uma maior efetividade do direito à saúde e para que o judiciário nesta situação seja a *última ratio* para o cidadão, é necessário que haja a atuação em conjunto dos atores sociais em cumprimento das metas das políticas públicas, conferindo a prioridade constitucional a esse bem de grande relevância que é a saúde.

---

[119] MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**. P. 326, 1.ed.São Paulo: Saraiva, 1999.

[120] Lei 8213/91. Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:
I - até 200 empregados 2%
II - de 201 a 500 3%
III - de 501 a 1.000 4%
IV - de 1.001 em diante 5%

5.6 A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO *ÚLTIMA RATIO* À EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal consagra em seus dispositivos, direitos e garantias que possibilitam a apreciação do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais com a tutela judicial efetiva, conforme se depreende da leitura do artigo 5º, incisos XXXV e XXXVII da Constituição Federal.

O gozo das garantias descritas no texto constitucional encontra respaldo na consecução do princípio da dignidade da pessoa humana, que impede que a sociedade seja convertida em objeto de ações estatais, de forma que é dever do Estado proteger o indivíduo. A submissão do indivíduo a um processo judicial incerto e sua deterioração como objeto do processo estatal atenta contra a proteção judicial efetiva, ferindo também o princípio da dignidade da pessoa humana[121].

Nesse sentido, a decisão legislativa ou de qualquer outro órgão estatal não pode ser tida como absoluta, impedindo a apreciação do poder judiciário na garantia da existência e execução de certos direitos básicos. O controle judicial é instrumento necessário para aprimorar a deliberação pública a respeito dos direitos fundamentais sociais, devido a afinidade existente entre os direitos fundamentais sociais e a participação da administração pública.

Não só na jurisprudência brasileira, mas no ordenamento jurídico de outros países, há a concepção e decisão pela legitimidade da intervenção do judiciário como forma de preservar as garantias descritas na Constituição Federal para que haja a devida efetivação dos direitos sociais, sem que com isso falte o respeito às decisões impostas pelo legislador.

Para que haja uma atuação devida da administração pública no que diz respeito ao cumprimento dos direitos sociais, se faz necessário definir o que é prioridade, para que havendo desvios nesse entendimento, sejam eles prontamente retificados, sugerindo a melhor forma de fazer com que os recursos públicos sejam suficientes para cumprir os anseios da sociedade.

---

[121] LEITE, George Salomão e Ingo Wolfgang Sarlet. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudo em homenagem a J.J. Gomes Canotilho.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, P.375.

É importante ressaltar que no âmbito das políticas públicas, os recursos disponíveis pela administração pública têm uma especial relevância tendo em vista que a efetivação dos direitos sociais envolve custos. Na situação de escassez de recursos públicos, não há como viabilizar todos os direitos sociais em seu máximo grau.

Assim, a escassez de recursos faz com que os entes públicos, em muitos casos, realizem as escolhas, pois havendo a limitação no orçamento, deverá verificar o que é prioridade dentre as demandas exigidas.

Nessas situações, em cada decisão judicial proferida de forma positiva a outorgar a prestação material a qualquer indivíduo, se retira recursos destinados aos atendimentos de outras demandas sociais, ou seja, satisfaz um em detrimento de outros[122].

A busca pelo poder Judiciário objetivando obter a concretização de direitos sociais ou a implementação das políticas públicas, marca a função desse poder em garantir os direitos fundamentais sociais, protegendo assim a inclusão social e a vida digna do indivíduo.

No que toca à cominação de multa em desfavor do Estado, não existe impedimento jurídico-processual à utilização, contra fazenda pública, da multa cominatória descrita no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" que possui função coercitiva e tem por finalidade específica compelir o devedor mesmo que se trate do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial, inclusive conforme posicionamento adotado pelo STF[123].

Prevê o Código de Processo Civil a multa cominatória, como meio coercitivo de fazer valer as obrigações determinadas judicialmente, modo esse, hábil para se exercer pressão sobre o executado em cumprimento ao ato sentencial.

As astreintes são multas diárias, impostas pelo juiz, para inclinar a vontade do devedor condenado. Obriga o devedor a prestar a obrigação pactuada sem invadir direitos essenciais. Como também evita o descumprimento e a

---

[122] NETO, Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento. **Direitos sociais.** São Paulo: Lumen Juris, 2009, P.561.

[123] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 639.337 são Paulo. 2º turma, 23/08/2011, relator Celso Antônio Bandeira de Melo.

subsequente faculdade em princípio inexistente ao devedor de escolher resolvê-la através de perdas e danos[124].

O artigo 1º da Lei 9494/97 prevê a possibilidade da aplicação de astreintes em desfavor da administração pública Federal, Estadual, Municipal e Distrital. Diante dessa previsão legal, torna-se legítima a aplicação pelo poder judiciário de multa aos entes federativos ante o descumprimento de determinações judiciais.

A aplicação da multa para coagir o poder público a efetivar as determinações judiciais, se faz necessário ante a isonomia e legalidade processual que devem ser observadas, posto que se o particular atentar contra a decisão da justiça, em face do devedor incidirá a multa fixada pelo juiz, conforme o artigo 461, § 4º do Código de Processo Civil.

Contudo, para a obrigação de fazer ou não fazer do poder público, tendo um correspondente em dinheiro, imprescindível será a disponibilidade no orçamento de quantia satisfatória para que a administração pública tenha a possibilidade de incumbir-se do seu dever, cumprindo a determinação judicial que lhe foi exigida[125].

Nessa esteira, apesar de legítima a aplicação dessa multa, será que ela é benéfica ao interesse público?

A cominação de multa à administração pública pode ser associada à um dano ao interesse público, uma vez que a exigência do pagamento dessa multa pelo poder judiciário irá interferir na receita do ente público, deixando de aplicar essa receita na efetivação dos direitos sociais e interesses diversos.

Entretanto, entende-se que o interesse social relativo à concretização dos direitos sociais já está comprometido, de forma que a imposição de multa para que o Estado cumpra com sua obrigação conferida pela Constituição não compromete, mas sim resguarda um interesse público maior.

Assim, a aplicação da multa não somente figura como hipótese legítima, mas também como medida justa e isonômica, diante da imposição legal inerente

---

[124] NETO, Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento. **Direitos sociais.** São Paulo: Lumen Juris, 2009, P.560.

[125] NETO, Angelo Cavalcanti Alves de Miranda, **Eficácia processual da multa coercitiva contra a fazenda pública nas obrigações de fazer e de não fazer**, disponível em http://jus.com.br/artigos/14557/eficacia-processual-da-multa-coercitiva-contra-a-fazenda publica-nas-obrigacoes-de-fazer-e-de-nao-fazer, acesso em: 27 de abril de 2015.

a todos os jurisdicionados, indistintamente, de maneira a preservar a isonomia processual, a segurança jurídica e os direitos sociais que são essenciais a todos os cidadãos.

Em casos específicos os direitos sociais atribuem aos cidadãos um direito imediato a uma prestação efetiva, desde que haja expressa previsão constitucional. Assim é o que ocorre com o direito fundamental social à saúde, necessitando ser prestado por meio de um programa nacional de saúde, com acesso gratuito e universal.

Parece indiscutível que a prestação dos serviços de saúde como dever do Estado, obrigando a este a colocar a disposição da população o atendimento médico-hospitalar, o fornecimento de medicamentos para todos os tipos de tratamentos de saúde, a concretização de exames médicos, procedimentos cirúrgicos e outros.

A efetividade da norma Constitucional depende necessariamente do interesse do Estado na sua execução, como também na estrutura fornecida para o cumprimento dessa norma, buscando promover o direito fundamental à saúde a toda população de forma igualitária.

Vê-se que o artigo 3º, inciso III da Constituição traz como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a redução as desigualdades sociais e regionais, onde os direitos sociais prestacionais estão atrelados às funções estatais, como um Estado social democrático, buscando a igualdade no cumprimento dos deveres exigidos constitucionalmente.

Almejar do Estado prestações positivas de cunho social, condiz com a plena realização da condição humana, assegurando a descrição da norma Constitucional, preservando, protegendo e recuperando a saúde.

Vislumbra-se portanto, uma inovadora estrutura do direito social prestacional, que surgiu com a Constituição Federal de 1988, descrevendo um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, assegurando os direitos relativos à saúde, sendo um deles a reafirmação do caráter de relevância pública das ações e serviços de saúde, com a criação do

SUS – descentralizado, com atendimento integral e participação social – constituído pelos serviços públicos com rede regionalizada e hierarquizada[126].

Como se demonstrou, o não cumprimento pelo poder público das políticas públicas, em regra acarreta a busca da população por decisóes judiciais, o que abarrota o poder judiciário de processos, deixando cada vez mais moroso.

Vislumbra-se que, o que se tem de incontroverso é que o poder judiciário sempre terá a última palavra no âmbito da separação dos poderes.

Em que pese tal reflexão, o certo é que, se a participação popuplar se fortificar no âmbito político, com a necessidade de se buscar a via mais eficaz, o poder judiciário só atuaria em casos imprescindíveis.

Assim, o direito fundamental social à saúde, reservado em um campo próprio de deliberações políticas, partindo de uma representatividade popular, efetiva as escolhas e os anseios populares, apta a dar resultados positivos aos cidadãos, o poder judiciário atuaria em *última ratio,* relativizando a última palavra deste, garantindo maior legitimidade constitucional.

Por fim, parece necessário que se imponha um propósito que torne viável a solução dos problemas políticos por meio da democracia que há tanto vem sendo discutida com a normatividade da Constituição de 1988. Dessa forma, a participação popular nas decisões políticas por meio de audiência pública é excelente alternativa de tentar desafogar o poder judiciário, posto que, a democracia deliberativa é um modelo que justifica o exercício do poder político pautado no debate público, entre governantes e governados. Todavia, não poderá haver prejuízo na necessidade de se buscar o poder judiciário em não havendo a solução do problema por meio da participação popular.

6. CONCLUSÃO

Com o encerramento das etapas que compuseram o desenvolvimento da presente pesquisa, verifica-se que o direito fundamental social à saúde é um direito tutelado pela Constituição Federal de 1988, como também por outros

---

[126] ROCHA, Paulo de Medeiros. "**A Saúde no Brasil Contemporâneo: dimensões da crise".** CASTRO, Janete Lima de, Jacinta Maria Moraes Formiga, Rosana Lúcia Alves de Vilar (orgs.) **Política e Gestão em Saúde: Reflexões e Estudos.** Natal: Editora Observatório RH NESC/UFRN, 2006, P.72.

documentos jurídicos, por ser a saúde um elemento essencial ao direito de viver com dignidade.

Tal prioridade encontra-se exposta por vários fatores. Em primeira análise, vê-se que a Carta Magna colocou o Estado como figura fundamental na concretização da justiça social, encarregado de promover os direitos sociais e criar as políticas públicas voltadas para eliminar as desigualdades sociais. Com isso diversas diretrizes forma implementadas, dentre estes a ampliação do acesso universal ao sistema de saúde de qualidade.

Com os aportes trazidos pela Constituição de 1988 e a abertura política, permitiu-se ver o tratamento diferenciado ao direito fundamental à saúde no Brasil, proporcionando uma ideia de mudança radical em busca da efetividade pelas ações estatais.

Abalizado na noção de justiça social, e na guerra das desigualdades sociais existentes no Brasil, no extenso caminho percorrido da história da saúde, muitas batalhas foram amargadas a fim de implementar um sistema que abrangesse todos os cidadãos, sem discriminação, de forma integral, universal, gratuito e igualitário.

Nesse contexto, o direito à saúde está caracterizado como um direito impreterível diante dos demais direitos sociais amparados constitucionalmente, posto que, sua perfeita garantia para com o cidadão tem o poder não só de corrigir um problema pontual no caso concreto, como também de proporcionar ao cidadão o pleno usufruto dos demais direitos sociais.

No direito brasileiro, à saúde foi uma aquisição do movimento da Reforma Sanitária, refletindo na criação do SUS em 1990, pela Constituição Federal de 1988, cujo artigo 196 dispõe que “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 a promoção, proteção e recuperação”.

A criação do Sistema Único de Saúde está diretamente pautada na tomada de responsabilidade por parte do Estado. Conforme demonstrado o conceito do SUS é maior do que simplesmente disponibilizar postos de saúde e hospitais para que as pessoas possam acessar quando precisem, a proposta é que seja possível atuar mesmo antes disso.

Um Estado que atrai para si a responsabilidade do direito fundamental à saúde, garantindo constitucionalmente o acesso integral, gratuito e igualitária as ações que buscam à proteção e a recuperação da saúde, mas que, por omissão estatal, não é possível que se abandone os que mais precisam da prestação efetiva do direito á saúde.

Assim, torna-se forçoso exigir do Estado, em todas as esferas, seja federal, estadual ou municipal, que desempenhe sua função constitucional de assegurar o acesso ao direito à saúde conforme a ordem constitucional, não consentindo, desta forma, com a diferenciação de classes, buscando construir um país mais justo, democrático e com menos desigualdades sociais.

A íntima relação existente do direito à saúde, do direito à vida, a integridade física e à dignidade da pessoa humana, causa a importância de tal direito, trazendo para um primeiro plano dos direitos fundamentais sociais, notadamente pela própria Constituição Federal, em uma das situações, quando direciona a receita dos impostos para saúde com determinações de percentuais mínimos a serem cumpridos.

Em que pese este avanço, diante da realidade apresentada, constata-se a necessidade de estabelecer mudanças na prestação desse direito fundamental social que ora se apresenta, para que se tenha uma efetiva justiça social. É salutar, que o acesso ao direito à saúde seja igualitário e universal, para que haja o real aperfeiçoamento nesse campo.

Ocorre que, é necessário o aprimoramento da estrutura do Sistema Único de Saúde que ainda é algo a ser almejado, como também a implementação das políticas públicas, especialmente no que se refere à universalidade, igualdade de acesso e a qualidade do atendimento ao direito fundamental à saúde.

Desponta, nesse contexto, que todo o procedimento de amparo à saúde pública é fator de grande importância, quando for para assegurar o direito à saúde descrito constitucionalmente. Isso revela-se não só pela prestação da saúde com enfoque no indivíduo, ou seja, credor do dever constitucionalmente imposto ao Estado, também porque o acolhimento tardio a esse direito tem consequências importantes e, não havendo a prestação, acarreta para a administração pública um aumento desnecessário nos custos e nas demandas necessárias.

Com isso, torna-se conflitante os ideais de um Estado democrático em que se visa corrigir todos os poderes em constantes erros ocorridos no planejamento da saúde pública.

Para tentar amenizar os problemas que surgem no âmbito da saúde, acredita-se na democracia deliberativa em seu fundamento principal, por meio do qual a sociedade deve participar do Estado democrático de direito, buscando-se compreender a correlação com a realidade atual.

Portanto, apresentou a forma como a democracia deliberativa se compõe, a fim de mostrar e aperfeiçoar a forma em que a sociedade civil pode participar das decisões da administração pública. Assim, se destacou os meios mais efetivos, pelos quais devem desenvolver-se o procedimento deliberativo nas esferas públicas, de modo a esclarecer de que forma o processo deliberativo pode atingir a população de modo universal e igualitário.

Depois de explorada toda a pesquisa, chegou-se a conclusão que a ferramenta essencial para a resolução de conflitos e a integração social, buscando através de negociações as interpretações comuns, conciliando entendimento entre a sociedade e a administração pública, por meio de audiências públicas de saúde e outros meios, onde a população possa exercer efetivamente sua democracia por meio de participação direta nas decisões estatais, orientando as políticas públicas no âmbito da saúde.

De tal fato, pode-se extrair, que a Teoria da Democracia Deliberativa trazida por Habermas se estabelece em um primoroso exemplar muito promitente para as pesquisas a respeito desse tema. No entanto, os desafios apresentados provêm, em sua grande maioria, da carência dos postulados previstos como adequados para assegurar um procedimento de deliberação livre e autêntico.

Neste novo cenário, centrado no que foi possível concluir pelo predomínio da necessidade de ampliar e reforçar os ditames participativos a fim de que os direitos fundamentais sociais se mostrem mais consentâneos e efetivos com a complexidade da realidade, especificamente em países em que se têm a efetivação da democracia tão recente e ainda não se constitui em uma cultura política.

Nesse sentido, um modo de concentração foi levado em consideração, corroborando que novas informações podem e devem ser acrescentados aos

argumentos racionais discutidos no procedimento deliberativo, o que resultou, numa melhor efetividade em uma complementação com a participação popular por meio das audiências públicas.

Desta forma, conclui-se pela indispensabilidade dos estudos apresentados, tendo em vista que, para concretização do direito à saúde, em que pese a dependência do desempenho das atividades do poder público, necessita, diante das dificuldades no cumprimento das políticas públicas especialmente no âmbito da saúde, de uma participação conjunta dos administrados e administradores, além de se buscar a elaboração de um orçamento público consentâneo a fim de realizar as prioridades constitucionais, somente por meio desse encontro torna-se possível chegar-se a pesquisa de seus fins sociais, o bem-estar da sociedade, reformulando e ampliando os embasamentos teóricas seguidos, com a intenção de se buscar melhorias por meio de instrumentos de participação popular já existentes.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil.** P. 51. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. **Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos".** BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: reflexão sobre o conceito jurídico.** P. 226. São Paulo: saraiva. 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. P.111. São Paulo: Malheiros, 2011

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**.P. 25-26 Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.** P.434. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** P. 44, 8º ed., Rio de Janeiro: renovar, 2006.

BENEVIDES, Vitória de Mesquita. **A Cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. P. 44, São Paulo: Ática, 1991.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da Saúde Pública no Brasil.** P.5. São Paulo: Editora ática, 2011.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** P. 134, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A nova jurisdição constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. P. 54, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BISOTO JUNIOR, Geraldo, Pedro Luís de Barros Silva e Sulamis Dain. **Regulação do Setor Saúde nas Américas: as relações entre o público e o privado numa abordagem sistêmica.** P. 113. Brasília: Organização Pan-Americaca da Saúde, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** P.571, São Paulo: Malheiros, 2005.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, sociedade: por uma teoria geral da política.** P. 154. Tradução Marco Aurélio Noqueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. P. 211, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari **Políticas Públicas: reflexão sobre o conceito jurídico.** P. 262-263. São Paulo: saraiva. 2006.

_____. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** P. 241, SãoPaulo: Editora Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. P. 337-338, Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** P. 327. 7º edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999)**, P. 187, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CÉSAR, João Batista Martins. **Audiência Pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais.** P. 4-5, disponível em: http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/3124/1933 Revista do Mestrado em Direito, RVMD, Brasília, V. 5, nº 2, p. 356-384, Jul-Dez, 2011. MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**. P. 326, 1.ed.São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Nilson do Rosário. **Políticas públicas, justiça distributiva e inovação: saúde e saneamento na agenda social.** P. 07, São Paulo: Hucitec, 1998.

Conselho Federal de Medicina. **Saúde representa só 8% do total de investimentos públicos no Brasil.** Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24511:saude-representa-so-8-do-total-de-investimentos-publicos-no-brasil&catid=3. Acessado em 08 de junho de 2015.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa**. P. 248, Curutiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Políticas de Estado e políticas de Governo: o caso da saúde pública.**

DALLARI, Dalmo Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** P. 30, São Paulo: Moderna, 1998.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. P. 275-276. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas.** P. 91. São Paulo: Método, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. P. 347,São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **La lectura moral de la constituición y la premisa mayoritaria.** Institutos de Investigaciones Jurídicas. Universidade Nacional Autónoma de México, 2002, P. 03-27.

FERRAZ, Luciano de Araújo. **Tribunal de contas: controle de serviço concedido.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 239, jan./mar. 2005. http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43876, acessado em: 15 de junho de 2015.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça, **O princípio da proibição do retrocesso social**, disponível em http://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social, acesso em 25/05/2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa**. P. 105, São Paulo: Malheiros, 2005.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa**. *In:* Revista de Direito Administrativo. P. 168, Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000.

FUX, Luiz. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 607381/SC, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 31/05/2011, DJ 16/06/2011: http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19844868/agreg-no-recurso-extraordinario-re-607381-sc. Acessado em 25/05/2015.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas.** P. 106, Curitiba: Editora Juruá, 2013.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica**. P. 50. São Paulo: Cortez editora, 2001.

_____. **Os Conselhos de Educação e a Reforma do Estado: Em Conselhos Gestores de Políticas Públicas.** Maria do Carmo A. A. Carvalho e Ana Cláudia C. Teixeira (orgs.). P.52 São Paulo: Pólis, 2000.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais**. P.33, Revista Justiça do Direito**:** Passo Fundo, v.14, n.14 2000.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4. ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2. Disponível na Internet em <**http://www.gordillo.com/Pdf/2-4/2-4ªxi.pdf**. Acessado em 04.Julho de 2015.

GRAU, Eros. Supremo Tribunal Federal. **Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461.ADI nº 3.305-DF, Relator Ministro Eros Grau, Data de julgamento: 13/09/2006. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade.** P. 286 – 287. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2003.

_____. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada.** P.164. Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2002.

_____. ***Faktizität und Geltung*.** P. 359 – 360, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Texto selecionado e traduzido por Carlos dos Santos Almeida. P. 37-38. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELLES, Márcio Ferreira. **A complementariedade dos controles interno e externo da administração pública mediados pelo controle social.** P. 97, coordenadores: Cristina Fortini; Miriam Mabel Ivanega. **Mecanismos de Controle Interno e sua Matriz Constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. P.390, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Jurisdição Constitucional. Trad. Maria Ermantina Galvão**. P. 156, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIMURA, Alexandre Issa. **Curso de Direito Constitucional.** P. 394. São Paulo: Juarez Oliveira, 2005.

LEITE, George Salomão e Ingo Wolfgang Sarlet. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudo em homenagem a J.J. Gomes Canotilho.** P. 375, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Logo. **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao mínimo existencial**, in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, P. 287. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. P. 101, São Paulo: Editora Renovar, 2001.

MACHADO, Leda Maria Vieira. **Atores sociais: movimentos urbanos, continuidade e gênero.** P.34, São Paulo: Annablume, 1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. P. 124, 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. P. 747-748, São Paulo: Malheiros, 2000.

_____Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 639.337 são Paulo. 2º turma, 23/08/2011, relator Celso Antônio Bandeira de Melo.

_____ADPF – 45 MC/DF, Relator: Min. Celso De Mello, publicada no DJU de 4.5.2004.

_____RE 581352 Agr, relator: Min. Celso de Melo, segunda turma, Data de julgamento: 29/10/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde.** Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538 RE 271286 AgR/RS, 2ª T., Relator Min. Celso de Mello, DJU de 24.11.00, p. 101. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 08 de junho de 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. P. 82-83, 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, tomo IV: Direitos Fundamentais**. P. 397, Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da Participação Política. Legislativa – Administrativa – Judicial**, P. 129, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal**: **Direitos e garantias fundamentais**. P. 89, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NETO, Angelo Cavalcanti Alves de Miranda, **Eficácia processual da multa coercitiva contra a fazenda pública nas obrigações de fazer e de não fazer**, disponível em http://jus.com.br/artigos/14557/eficacia-processual-da-multa-coercitiva-contra-a-fazenda publica-nas-obrigacoes-de-fazer-e-de-nao-fazer, acesso em: 27 de abril de 2015.

NETO, Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento. **Direitos sociais.** P. 561, São Paulo: Lumen Juris, 2009.

NETTO, Fraciulli. Resp 353.147, Autuação: 05/10/2001, Relator: Min. Franciulli Netto - Segunda Turma, Data: 18/08/2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. P. 481, 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. P. 146, Coimbra: Almedina, 2003.

PAIM, Jairnilson Silva. **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios.** p.14. Disponível em http://download.thelancet.com/flatcontentassets/pdfs/brazil/brazilpor1.pdf. Acessado em: 02/03/2015.

PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado**. P.155 v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.

PEREIRA, Potyara A. P**. Necessidades Humanas**. P. 19, São Paulo: Cortez, 2000.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Audiência Pública no Direito Administrativo Brasileiro.** P. 101, coordenadores: Cristina Fortini; Miriam Mabel Ivanega. **Mecanismos de Controle Interno e sua Matriz Constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas públicas: Reflexão sobre o Conceito Jurídico.** P. 171. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIVERA, Francisco Javier Uribe, Elizabeth Artmann. **Planejamento e Gestão em Saúde: conceitos, história e propostas.** P.95. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

ROCHA, Julio Cesar de Sá. **Direito da Saúde: Direito Sanitário na perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos.** P. 46. São Paulo: Editora LTr, 1999.

ROCHA, Paulo de Medeiros. "**A Saúde no Brasil Contemporâneo: dimensões da crise".** CASTRO, Janete Lima de, Jacinta Maria Moraes Formiga, Rosana Lúcia Alves de Vilar (orgs.) **Política e Gestão em Saúde: Reflexões e Estudos.** P. 72, Natal: Editora Observatório RH NESC/UFRN, 2006.

Revista do Tribunal de Contas da União – Brasil, ano 46, número 129, Janeiro/Abril 2014. http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2657720.PDF, acessado em: 15 de junho de 2015.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** P. 34-35, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. P. 101. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. P. 88-89, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, parte da obra "Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível.** P. 28. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010.

_____. **O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel - Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988.** P. 151, Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde:** Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** P. 71, São Paulo: companhia das letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. P. 565, 6ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. P. 113, 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. P.52, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. P. 273, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WILLIS FILHO, Santiago Guerra. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais.** P. 9. Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 1997.

Legislação consultada

BRASIL. Constituição da República do Brasil de 1988.

ALEMANHA. Constituição Alemã. Disponível em: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf. Acessado em: 14/04/2015.

_____. Decreto nº 7.508 de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento de saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.

_____.Decreto n. 66.623 de 22 de maio de 1970. Dipõe sobre a estrutura básica, na qual o Conselho Nacional de Saúde consta como órgão de consulta.

_____.O Decreto 1.448 de 06 de abril de 1995. Dispõe sobre a composição do Conselho Nacional de Saúde, e dá outra providência.

_____. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

_____.Lei n° 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

_____.(Ministério da Saúde). Conselho Nacional de Saúde, http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/. Acessado em: 15 de junho de 2015.

_____.(Ministério da Saúde). **Sistema de Planejamento do SUS: uma construção coletiva.** Brasília/DF. 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_planejamento_sus_v1_3ed.pdf. Acesso em: 12/03/2015.