

A relação dos direitos fundamentais sociais e a cláusula da reserva do possível

Luzimar Ferreira¹
Rosana Farias Ramires²

RESUMO

Trata-se o presente artigo da análise dos Direitos e Garantias Fundamentais ancorados na Constituição Federal de 1988, cujo eixo central é a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Sociais em especial o direito a saúde. Pretende contextualizar os Direitos Sociais á luz da Constituição Federal de 1988, os Tratados de Direitos Humanos em nosso Ordenamento Jurídico, o princípio da Eficiência baseados no artigo 37 caput da Constituição Federal, como resposta as demandas de Políticas Públicas papel fundamental do Estado na efetivação da cidadania. Ressalta-se, a importância da Participação da sociedade nos Orçamentos Públicos, a garantia da alocação de recursos financeiros as Políticas Publicas e a fiscalização através do controle social das ações de Boa Governança por parte do Estado entendemos que em todas essas abordagens o foco é a Constituição Federal de 1988 como referência para a concretização dos Direitos Fundamentais e em especial o Direito a Saúde como busca da satisfação do Bem da Vida se tornando eficaz na realidade jurídica e social. O problema é que essa garantia constitucional encontra resistência na sua materialização, no subjetividade da necessidade do sujeito social através da alegação do Estado da cláusula de Reserva do Posível. O objetivo geral é demonstrar o conflito estabelecido nessa relação

- 1 Bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC, título de especialização em direito público com ênfase em administrativo e constitucional 2015/1.
- 2 Professora Orientadora, doutoranda e mestre em Direito do Estado com concentração em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional de São Paulo, especializando em Direito e Controle Externo pela Fundação Getúlio Vargas. Atualmente é Consultora Jurídica de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, Palestrante e Docente em Cursos de Pós Graduação; *Lato Sensu*; em Direito Constitucional, Direito e Processo Administrativo, Gestão do Erário nas Instituições ICAP, UNIPÓS, UFMT, e em Cursos Preparatórios para Concurso. Acadêmica Fundadora e Vice-Presidente da Academia Mato-grossense de Direito Constitucional. Tem experiência na área de Direito e Gestão Pública, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo, Financeiro e Orçamentário.

social, se este direito se efetiva diante das necessidades do cidadão. Os procedimentos metodológicos caracterizam-se em uma abordagem teórica e histórica cuja principal atribuição foi a contextualização desta questão jurídica e social. Conclui-se que deverá ser reconhecido o mínimo de direitos sociais aos cidadãos que acessam o Estado em busca do pleno exercício de seus direitos fundamentais à saúde e o respeito aos direitos humanos, sob pena de responsabilização via judicial dos gestores públicos.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos e garantias Fundamentais. Dignidade da pessoa Humana. Orçamentos públicos.

Introdução

Neste estudo abordaremos que com o advento da Constituição Federal de 1988 passamos a viver um novo momento democrático com a Garantia de Direitos Fundamentais, uma nova forma de gestão das Políticas Públicas com enfoque nos Direitos Humanos e nos princípios da Administração Pública contidas no artigo 37 *caput* buscando um Serviço Público de qualidade. Empreendeu-se uma pesquisa baseada com referencial teórico para abordar alguns aspectos relevantes quanto as perspectivas e os problemas atuais a serem solucionados, ou ao menos amenizados sob o aspecto da efetivação com relações aos direitos sociais e o Estado.

Um dos questionamentos levantados e o espaço de participação social nas decisões, ações e serviços prestados pelo Estado com transparência e eficiência. Pretendemos demonstrar que na Saúde a participação popular nas Conferências e Conselhos Municipais, Estaduais e Nacionais de Saúde de acordo com a lei 8080 e 8.142 de 1990, contudo, ainda se faz necessário a Judicialização de ações para garantia de acesso a serviços de saúde através do Ministério Público e da Defensoria Pública, pois os Orçamentos Públicos não contemplam os patamares financeiros necessários a concretização e a eficácia das ações de saúde. Encontrando resistência pretendida como resposta do Estado a estas demandas a Cláusula da Reserva do Posível.

Buscamos descobrir que os Entes Federados através dos Orçamentos Públicos com planejamento estratégico, gestão participativa, e a execução de Políticas Públicas efetivaram na vida do Cidadão Brasileiro o seu real Direito de acesso a Saúde Pública de forma Humanizada e resolutiva com fundamentos nos artigos 6º *caput*, 193, 196 a 200 da Constituição Federal de 1988.

Os procedimentos metodológicos caracterizaram-se em uma abordagem ampla, com pesquisa bibliográfica com a finalidade de obter informações e conhecimento acerca de um problema, e possibilitou descobrir os fenômenos e as relações entre eles, por meio do qual se dá à superação de hipóteses sobre visões parciais, caracterizando uma abordagem epistemológica privilegiando as dimensões analítica, empírica e normativa, cuja atribuição foi a formulação de um problema.

A pesquisa foi estruturada com base na bibliografia acerca do tema e uma pesquisa histórica sobre os direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais.

Sob o ponto de vista histórico, podemos dizer que os direitos sociais ainda estão sendo conquistados através de lutas sociais ao longo da história da humanidade. No Brasil o contexto de luta por direitos sociais e recente, bem como a luta pela democracia e liberdades individuais.

Não é possível ainda ter-se uma dimensão exata de como será realmente a conquista efetiva desses direitos para o cidadão, e do seu reconhecimento pelo Estado. Porque esta relação de conquista de direitos está sendo estudada pelos atores sociais, os juristas e os gestores públicos.

Os resultados só podem ser avaliados a medidas que os critérios para contemplar nos orçamentos públicos dotação financeiras para as ações e serviços de saúde pública.

Estes investimentos vão interferir na capacidade dos serviços na saúde, na rede do Sistema único de saúde, devido o acesso garantido aos usuários as suas reais necessidades de saúde, humana e social, como garantida na nossa Constituição Federal de 1988.

Direito constitucional: as garantias e direitos fundamentais

O Direito Constitucional é o ancoradouro do arcabouço jurídico do Direito Público Fundamental, pois seus princípios referem-se diretamente a organização e funcionamento do Estado, a garantia dos Direitos civis, econômicos, políticos e sociais, bem como estabelece as bases da estrutura política de uma nação.

O Estado como detentor do Monopólio da Jurisdição, dentro do ramo do Direito Público se compõe de um sistema de composição e resolução dos conflitos, com o objetivo de se buscar o bem comum, ou seja, da sociedade a chamada Paz Social objetivo maior do Direito. A busca da satisfação do bem da vida deve ocorrer de forma útil, prática e rápida, de acordo com os valores da dignidade da pessoa humana, baseada no Estado democrático de direito.

Atualmente vivemos em um País democrático, onde o direito é a peça mestra na Lei Máxima, a Constituição Federal de 1988, que no seu Preâmbulo já enuncia a seguinte citação objetivamente:

[...] instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias. (Preâmbulo da Constituição Federal de 1988; Publicado no *Diário Oficial da União* n°. 191-A de 05-10-1988).³

Portanto, a Constituição é o fundamento de validação de todo sistema infraconstitucional.

Segundo José Afonso da Silva traduzindo o pensamento de Hans Kelsen, observa que:

[...] constituição é, então considerada norma pura. Puro deve ser sem qualquer pretensão á fundamentação sociológica, política ou

3 BRASIL, República Federativa do. *Constituição Federal de 1988*. Preâmbulo. Publicado no diário da União n° 191-A de 05 de Outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2015. p.01.

filosófica. A concepção de Kelsen torna a palavra Constituição em dois sentidos no lógico- jurídico e no jurídico positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição Jurídico-positivista, que equivale á norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu “mais alto grau”.⁴

O Sistema Jurídico Brasileiro é composto por uma verticalidade hierárquica, uma norma inferior fundamenta-se em uma norma superior e alicerça-se nas normas esculpidas dentro da Constituição Federal. Nessa exegese é válido ressaltarmos que as normas constitucionais são introduzidas no Ordenamento Jurídico, através de um processo legislativo dificultoso, com solenes métodos, o que não ocorre no processo legislativo das demais normas, porquanto, serem as mesmas introduzidas por um Poder Soberano, conhecê-la, defendê-la e aprimorá-la deve ser uma obra de todos juristas, operadores do direito e a própria sociedade, pois, não há demanda judicial a ser travada em nossos tribunais ou nas jurisdições que não estejam presentes alguma faceta da Constituição. Interpretá-la é uma tarefa coletiva, pois ela não é um todo acabado, mas sim um dever-ser.

Nesse entendimento o prof. Celso Ribeiro Bastos pontua:

O Fundamento da Interpretação Jurídica e a Lei. Em sendo a Lei o dispositivo voltado para regular a vida social, toda interpretação que se faça dessa regra regulamentada terá imediata repercussão na liberdade do indivíduo pois, o sentido prático da interpretação visa a aplicação da norma a um caso concreto.

Mas a relevância do ato interpretativo está na sua condição de permeio entre a pessoa do intérprete, isto é, o aplicador do Direito e o destinatário da norma, na promoção da justiça. Em outras palavras está na aplicação da regra ao caso concreto. Aliás, o vocábulo interpretação provém de *intert pars*, que significa entre partes.⁵

4 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71.

5 BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18-26.

É o principal valor a guiar o Direito na nova hermenêutica constitucional é a Dignidade da Pessoa Humana fundamento central em consonância com a ética e o Estado Democrático de Direito. Contudo, a Constituição como proteção dos Direitos fundamentais é uma moderna inovação.

Assim sendo é um princípio ativo de um processo dinâmico social, não se confundindo com regras ou normas, é o Estado na concretude da existência política. O Estado como unidade e ordenação, nesse contexto uma ordenação especial política e social. Resultando em interesses contrapostos, as críticas, tendências dominantes, luta de classes, dinâmica social transformando-a sempre.

A Constituição de 1988, trouxe-nos como inovação á proteção e garantia dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Sociais, as liberdades Democráticas, como pano de fundo o princípio da Dignidade da Pessoa Humana a Ética e a Justiça Social, resultando na Cidadania e no Estado Democrático do Direito.

Coadunando com a afirmação acima Rizzatto Nunes afirma:

Que a dignidade da Pessoa Humana é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas. A dignidade é o limite da restrição dos direitos fundamentais.⁶

Os direitos fundamentais estão amplamente elencados no art. 5º, rol este que não é taxativo, e também estão previstos em normas esparsas pela constituição, estando os mesmos presentes em documentos internacionais, com nexos de ligação aos direitos sociais art. 6º da Constituição Federal atual. A existência dos Direitos Sociais como Direitos fundamentais como bem esculpido no Título II dos Direitos e Garantias Fundamentais: Capítulo I dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º); Capítulo II dos Direitos Sociais (art. 6º ao 11º); Capítulo III da Nacionalidade (art. 12 e 13); Capítulo IV

6 NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78.

dos Direitos Políticos (art. 14 a 16); Capítulo V dos Partidos Políticos (art. 17); é recente na história brasileira e emblemática por que para a garantia da sua efetivação, necessário se faz a alocação de recursos financeiros no Orçamento Público para que se tenha a eficácia social.

O professor Victor V. Valla diz:

[...] nessa perspectiva, é possível entender a participação popular como decorrente da participação efetiva da população organizada. A participação somente é efetiva quando pretende ou consegue modificar o Orçamento e Investimentos Estatais, de modo a oferecer os serviços básicos de qualidade a população.⁷

Os direitos sociais se materializam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir o mínimo existencial está vinculado as necessidades básicas para que o ser humano viva dignamente e possui como cerne o Princípio da Dignidade Humana. O mínimo existencial está em todo texto constitucional com objetivo de promover o bem comum de todos, nesta perspectiva e que surgem os direitos sociais relacionados diretamente ao princípio da solidariedade, denominados de direitos humanos de segunda dimensão e ou geração.

Evolução histórica constitucional dos direitos sociais

Registra-se que o reconhecimento dos direitos de segunda dimensão e ou geração já se encontrava na Constituição Francesa de 1791 que em seu título 1º previa a instituição do “Seccours Publics” para criar crianças abandonadas, aliviar os pobres doentes e dar trabalho aos pobres inválidos que não o encontrassem.

No Brasil, a primeira Constituição a vislumbrar os direitos sociais sob o título de ordem econômica e social, foi a 1934. Influenciada pela constituição alemã de Weimar de 1919, disciplinando um novo modelo introduzindo um cunho social as constituições. Todavia a constituição Federal de 1934 vigorou por um lapso de tempo mínimo e em tão

7 VALLA, Victor. *Cadernos de Saúde Pública, Educação e Cidadania*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011. p. 27.

conturbado contexto histórico, refletiu com veemência as aspirações por um sistema jurídico sedimentado nos direitos econômicos e sociais, e naquele momento em especial o direito ao trabalho.

Na constituição de 1937 os direitos fundamentais foram referenciados, porém, de forma simbólica. Na constituição de 1946, buscou-se a importância dos Direitos individuais e das liberdades políticas. Tendo como referência a organização da vida econômica, a propriedade vinculada ao Bem-Estar Social, os princípios da Justiça Social, da liberdade e da valorização do trabalho.

As Constituições de Março de 1964, as Forças Armadas interviram com os seus Atos Institucionais. Já em 1967, aprova-se uma Constituição com fundamento na Segurança Nacional como forma de se manter a Ordem, sobretudo para conter os grupos de tendência à esquerda. Afirmava um catálogo de direitos individuais, os quais poderiam ser suspensos.

Em 1969, a composição das três Forças Armadas assumiu o governo, pelo ato da Emenda constitucional nº 01/69, concentrou-se o poder, nas Liberdades Individuais e Coletivas.

Com a derrocada do Regime Militar e a mobilização da sociedade civil pedindo a volta da Democracia através do Movimento das *Diretas Já* em 27 de Dezembro de 1985, fora promulgada a Emenda Constitucional nº 26 convocando uma Assembleia Constituinte Livre e Soberana, com respeito à liberdade, a participação política e social, na busca da pacificação dos conflitos e no exercício da cidadania.

Paulo Gustavo Gonet Branco, assevera:

A constituição promulgada em 05 de Outubro de 1988 restaurou a premência do respeito aos Direitos Individuais, proclamados juntamente com significativa série de Direitos Sociais. O Estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais a afirmação da dignidade de todos. As reivindicações populares de ampla participação política foram positivadas em várias normas, como na que assegura as eleições diretas para a chefia do Executivo em todos os níveis da Federação. Dava-

se a vitória final da campanha que se espalhou pelo País a partir de 1983, reclamando eleições “ diretas já ” para Presidente da República, superava-se á abrumadora frustração decorrente da rejeição em abril de 1984, da Proposta de Emenda apresentada com esse intuito. A constituição, que significativamente, pela primeira vez na História do nosso constitucionalismo apresentava o Princípio do respeito a dignidade da pessoa humana e o título dos Direitos fundamentais logo no início das suas disposições, antes das normas de organização do Estado, estava mesmo disposta a acolher o adjetivo cidadã que lhe fora predicado pelo Presidente da Assembleia Constituinte no discurso de promulgação.⁸

Ao longo desse período da sua promulgação até os dias de hoje, a sociedade vem apreendendo os valores constitucionais em uma construção histórica de um arcabouço jurídico que marca toda uma mudança de Desenvolvimento Humano e Social, num processo que a nível mundial já vinha se estruturando no fortalecimento dos Direitos Humanos, a nível Internacional com a Carta de São Francisco que cria a ONU, logo após a segunda guerra mundial em substituição a liga das Nações como entidade máxima da discussão do Direito Internacional em 26 de junho de 1945 pelos cinquenta e um Estados-membros originais.

Como preleciona Rezek:

Até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era segura afirmar que houvesse, em Direito Internacional Público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos.

De longa data alguns tratados avulsos cuidaram incidentalmente de proteger certas minorias dentro do contexto de sucessão dos Estados. A carta da ONU entrou em vigor no dia 24 de outubro de 1945 quando efetuado o depósito dos instrumentos de ratificação dos membros permanentes do Conselho de Segurança e da maioria dos outros signatários. Após muitos Países ingressaram na ONU. Por isso,

8 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 102-138.

os membros podem ser divididos entre originários e admitidos, não havendo diferenças entre direitos e deveres em relação a eles.⁹

Em 1948 temos a aprovação da Declaração Universal que compõe a proteção dos Direitos Humanos no Plano Internacional. Isto é, conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida digna do Ser Humano. Os Direitos Humanos possui um vasto e abrangente rol dentre eles o direito a vida, a liberdade, a igualdade, a educação, a saúde, a moradia entre outros. Esses direitos são universais, ou seja, de todos, não importando a nacionalidade, credo, etnia, convicções e opiniões políticas.

São indivisíveis, não sendo possível proteger um direito e vulnerar outro. Se inter-relacionam e tornam-se interdependentes. Enfim, Direitos Humanos são todos aqueles reconhecidos pelo Estado e inatos aos seres humanos independem de termos legislações específicas para protegê-los e os mesmos devem fazer parte das políticas públicas responsabilidade dos governantes do Estado, dos legisladores e do sistema Jurídico como uma forma distributiva de justiça social e direitos a cidadania.

Pontua-nos o esclarecedor posicionamento da professora Bruna Pinotti Garcia:

[...] Direitos Humanos são aqueles inerentes ao homem enquanto condição para sua dignidade que usualmente são descritas em documentos internacionais para que sejam mais seguramente garantidos. A conquista de direitos da pessoa humana é na verdade uma busca da dignidade da pessoa humana.¹⁰

Nesta linha de raciocínio a dignidade é o sentimento e a consciência que cada ser humano ou pessoa tem sobre seu valor, sendo o reconhecimento individual de cada indivíduo. Ela é de fundamental importância para o reconhecimento dos direitos

9 REZECK, Jose Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso Elementar. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 210-214.

10 GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. Volume Único. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 33-35.

fundamentais, dos Direitos Humanos e dos Direitos Sociais.

Sendo que a natureza jurídica dos Direitos se ancora no princípio da Legalidade ou da Reserva Legal cuja significação é política, pois é uma garantia constitucional dos direitos do homem, das liberdades civis, políticas, econômicas e sociais do indivíduo e da coletividade. A segurança jurídica e as liberdades e garantias individuais e sociais consistem em não se fazer tudo o que se quer más, o que é permitido pela lei, a cada direito correlativamente há um dever ser.

No pensamento jurídico moderno e como pilares da Constituição Brasileira de 1988, a proteção as garantias individuais estão previstas em seu art. 5º inciso I ao III onde se lê:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei;

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.¹¹

O Princípio da Legalidade, aliado ao Princípio da Igualdade artigo 5º *caput* da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de quaisquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade”.¹²

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, bem como em outros há a garantia de direitos sedimentando a segurança jurídica dos mesmos no art. 60 em seu parágrafo 4º§;¹³ Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir: IV os direitos e garantias individuais. Todos estes artigos encontram-se também reconhecidos e protegidos pelo império da Lei na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de Dezembro de 1948 – Assembleia Geral das Nações Unidas.

11 BRASIL. Op., cit., p. 03.

12 BRASIL. Op., cit., p. 03.

13 Ibidem, p. 127.

Dalmo de Abreu Dallari diz que:

Não basta afirmar que todos são iguais perante a lei, é indispensável que sejam assegurados a todos, na prática, um mínimo de dignidade e igualdade de oportunidades.¹⁴

Entrementes há a clareza que os Direitos Fundamentais, os Direitos Sociais e os Direitos Humanos, foram historicamente construídos mediante lutas por seus atores sociais, num movimento dialético constante de avanços e retrocessos. Onde o sujeito social de Direitos o homem, a pessoa ou o cidadão, independente da nomenclatura adotada, é o destinatário da proteção social do Estado.

Sabe-se que há uma linha tênue entre Direitos Humanos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Segundo a professora Bruna Pinotti:

Direitos Humanos fundamentais: Estabelecem direitos individuais, sociais e coletivo a serem garantidos a pessoa humana. Visam a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana são formados por princípios que possuem baixa ou baixíssima densidade normativa, favorecendo o papel do intérprete. O respeito constitui marca dos regimes de governos democráticos, fundados na lei (Estados Democráticos de Direito).

Direitos Humanos: Supranacionais (plano internacional) Processo histórico logo a ser observado na evolução da humanidade em seus conflitos- zona de flutuação acima do ordenamento interno, embora a baixíssima densidade normativa permita um amplo espaço de interpretação pelos países que a aplicam, confere atenção especial a questões de relativismo cultural devido a abrangência territorial global.

Direitos fundamentais: Nacionais (plano interno) inspirados nos direitos humanos internacionalizados embora existisse influência de fatores históricos internos se encontram no topo do ordenamento interno e possuem conteúdo mais específico que os direitos humanos, sujeitando as normas do ordenamento interno. Por serem mais restritos territorialmente se preocupam menos com questões de relativismo cultural.¹⁵

14 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004. p. 46.

15 GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. Volume Único. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 33-35.

De lei todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que vide a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Como já afirmamos há um entrelaçamento entre os fundamentos dos Direitos e Garantias Fundamentais. Claramente com relação ao artigo 7º da Declaração dos Direitos Humanos que afirma: “Todos são iguais perante a lei e tem direitos, sem qualquer distinção, a igual proteção”¹⁶. É a base do artigo 5º da CF/88, já neste artigo mencionado acima. Válido ressaltar que de acordo com as Nações Unidas, este princípio é particularmente importante para as minorias e as classes sociais mais vulneráveis. Como exemplo citamos a Ação afirmativa ou a Discriminação positiva que institui a Igualdade Material através da Lei de cotas raciais de acesso ao ensino público e gratuito para a população brasileira afro descendente.

Assevera-se também um sistema de proteção em relação aos Direitos Sociais, enunciados na nossa Constituição Federal de 1988 no artigo 6º *caput*:

São direitos Sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção, a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição.¹⁷

Os Direitos Sociais se realizam pela execução de políticas públicas, com o objetivo de garantir proteção e amparo aos cidadãos que necessitem. Portanto o Estado tem o dever de proteção, garantia e efetivação dos mesmos. Cabe a sociedade através do controle social, participar ativamente da dinâmica social de fiscalizar e propor o atendimento as demandas sociais. Conforme o professor Gerschaman, “o controle Social foi incorporado a Constituição de 1988 permitindo o exercício de uma cidadania ativa, incentivando as forças vivas de uma comunidade para a gestão de seus problemas e implementação de Políticas Públicas destinados a solucioná-los”.¹⁸

16 Ibidem, p. 34.

17 BRASIL. Op., cit., p. 10.

18 GERSCHAMAN, Silvia. *Cadernos de Saúde Publica*. Rio de Janeiro: Moderna, 2004. p. 62.

Os direitos sociais constituem prestações positivas em uma perspectiva de um Estado Social de Direitos com o objetivo de efetivação da Isonomia substancial e social afeta aos direitos sociais, sem prejuízo aos demais constantes no texto constitucional.

Professor Alexandre de Moraes conceitua Direitos Sociais como: [...] direitos fundamentais do homem caracterizando-se como verdadeira liberdade positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direitos, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamento do Estado Democrático de pelo artigo 1º *caput* e seus incisos da Constituição Federal.¹⁹

Os direitos sociais constituem as garantias legais com vistas a assegurar o mínimo existencial a vida de forma universal e integral, o pleno desenvolvimento humano numa cultura de paz social, respeito as minorias e aos diferentes, estes vistos como normais e detentores de direitos plenos e não seletivos. Direitos Sociais devem ser respeitados, valorizados e implementados com qualidade, eficiência e eficácia.

As relações sociais devem ser permeadas pelo respeito ao outro, a vida, ao gênero a natureza e a diversidade étnica, cultural, sexual, a inclusão social exige do Poder Público bem como da sociedade as condições necessárias para acolher a todos sem especificidades, garantindo direitos equânimes, independente de qual geração pertença esse direito.

Historicamente os direitos fundamentais são divididos em três gerações de acordo com a evolução da sociedade.

Os de primeira geração ou direitos da liberdade se compõem pelos direitos referidos nas Revoluções Americana e Francesa, as quais referem a autonomia individual, ou seja a não interferência na vida pessoal dos cidadãos. Neste cenário não há preocupação com as desigualdades sociais, tendo como paradigma o homem, a preocupação com a propriedade vivia-se o Estado de Direito Liberal. No entanto, com a agravação da crise econômica mundial,

19 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 321.

a industrialização, o crescimento demográfico e o afloramento das expressões da Questão Social tidas como problemas sociais.

O Estado de Direito Liberal não mais respondia aos anseios da sociedade, cria-se os Seguros Sociais, intervem-se na Economia com fulcro de se alcançar a justiça social. O Estado se vê obrigado a prestar prestações positivas a sociedade. Forma-se o catálogo de direitos fundamentais de segunda geração ou direitos da igualdade, baseados na liberdade e igualdade para todos. Os Poderes Públicos assumem o dever de prestar a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, alimentação entre outros. Surge o direito a sindicalização e a greve são chamados de Direitos Sociais por concatenarem com as reivindicações de justiça social alicerça-se no princípio da solidariedade. Cumulativamente a evolução desses direitos surge os de terceira geração ou direitos da fraternidade como Direitos Difusos ou coletivos, pois não há de se falar no homem isoladamente e sem de forma coletiva na busca da Paz Social, da proteção ao meio ambiente sustentável, a preservação do patrimônio histórico e cultural, a defesa do planeta e da água.

Insta já discussões sobre os direitos de quarta geração que se baseia na bioética, na cibernética, ainda não aceito pela doutrina em geral, não podemos esquecer que faz parte do processo de evolução humana e social a discussão e aceitação desses direitos geracionais.

O prof. Paulo Gonet, sustenta que:

Essa distinção entre gerações dos Direitos Fundamentais é estabelecida apenas com a proposta de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela Ordem Jurídica.

Deve-se ter presente, entretanto, que ao falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos em um momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter seu sentido adaptado as novidades

constitucionais. Entende-se, pois que tantos direitos a liberdade não guardam hoje o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos de segunda geração com as suas reivindicações de justiça social, e antes que fossem acolhidas os direitos de terceira geração como da proteção ao meio ambiente. Basta que se pense em como evolui a compreensão do direito a propriedade, desde a Revolução Francesa até a incorporação as preocupações constitucionais de temas sociais de proteção ao meio ambiente.

Os novos direitos não podem ser desprezados quando se trata de definir aqueles direitos tradicionais, pode ocorrer, ainda que alguns chamados novos direitos sejam apenas os antigos adaptados as novas exigências do momento. Assim, por exemplo, a garantia contra certas manipulações genéticas muitas vezes traz a baila o clássico direito a vida, confrontado porem com os avanços da ciência e da técnica.²⁰

Portanto, cada direito evolui de acordo com o contexto social vivido, em um processo simultâneo de conquistas sociais e lutas com ideários de justiça e paz social.

Evolução histórica dos direitos humanos internacionais

Nesse diapasão situa-se também a evolução histórica dos Direitos Humanos Fundamentais Internacionais, cujos instrumentos jurídicos são os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Já exposto neste trabalho a criação da Organização das Nações Unidas (ONU); bem como a Declaração de Direitos Humanos e o seu estreito laço com os princípios da Constituição Brasileira de 1988. Há de se pontuar também que a Emenda Constitucional nº45/2004 criou três modalidades de Tratados Internacionais versando sobre Direitos Humanos os que foram aprovados pelo rito exigido na referida Emenda, os tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados na forma exigida pela referida emenda e os Tratados Internacionais versando por assunto diverso a Direitos Humanos

20 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 120.

(A Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004, acresceu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988).

Afinal, os Direitos e Garantias Fundamentais reconhecidos na Constituição Federal de 1988, tem por base os Direitos Humanos reconhecidos no âmbito Internacional acoplados ao Ordenamento Jurídico Brasileiro. Estão divididos metodologicamente na Constituição Federal que os agrupa em quatro grandes setores de concentração: Direitos e Deveres Individuais e coletivos (art. 5º) Direitos Sociais (art. 6º ao 11º), Direitos da nacionalidade (art. 12º e 13º) e Direitos Políticos (art. 14º a 17º). No Plano Internacional os Direitos Humanos estão dispostos de modo diferente: Direitos civis e Políticos e Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Fala-se também em direitos relacionados a fraternidade que se compõe dos direitos difuso e coletivos.

Diálogo com a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais que asseguram os direitos sociais

Em uma escala cronológica após a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, há os Pactos Internacionais da ONU em 1966, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, do Protocolo de San Salvador. Em 1992, o Brasil ratificou o Pacto dos Direitos Civis, Políticos e Econômicos. Tendo como eixo central o Estado Democrático de Direito e a Democracia substancializada na vontade popular, ou seja, na soberania popular através do voto e do pluripartidarismo, garantindo o acesso ao poder legislativo e executivo para o exercício do poder público através do voto direto, secreto, universal e periódico como prevê o artigo 60, parágrafo 4º inciso II da CF /1988.

Nesse contexto as lições do prof. Canotilho:

O Estado Democrático de Direito é tido como sucedâneo lógico do que um dia foi o Estado Liberal e depois o Estado Social, vindo a tona após a supramencionada Guerra Mundial tendo em vista a análise empírica de que mesmo o Estado Nazifascista, legitimador de

atrocidades genocidas foi um Estado de Direito, e portanto, legal, nos termos estritos de uma análise fria. Isso permitiu concluir que não basta um Estado de Direito é preciso um Estado Democrático de Direito, representando a Democracia ponto diferenciador do totalitarismo de Hitler, Mussolini, Salazar, Franco, dentre outros.²¹

Diante desses sucedâneos de perversidades históricas e na busca de concretização dos Direitos Civis e Sociais é que o princípio da Primazia dos Direitos Humanos nas relações internacionais e recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, § 3º (introduzida pela emenda 45 de 08-12-2004):

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do congresso nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais.²²

Portanto, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos tem sua eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, isto é, no momento em que se insere o seu vigor estão aptos a produzir todos os seus efeitos, não necessitando de norma integrativa infraconstitucional, torna-se uma norma autoaplicável.

José Afonso da Silva destaca que as normas constitucionais de eficácia plena:

[...] são as que receberam do constituinte normatividade suficiente a sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da constituição. Não necessitam de providencia normativa ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis.²³

A reforma do Judiciário através da Emenda Constitucional nº 45/2004, diferenciou os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos dos Tratados e Convenções Internacionais de outra natureza.

21 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almeida, 2003. p. 100.

22 BRASIL. Op., cit., p. 03.

23 SILVA, Jose Afonso. *Comentário Contextual a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 262.

Isso significa que, o Tratado Internacional sobre Direitos Humanos, desde que cumprido o quorum diferenciado de aprovação pelas Casas Legislativas que compõe o Congresso Nacional, passam a ter paridade normativa com as normas constitucionais.

Convém pontuar que as Emendas Constitucionais é um trabalho do poder constituinte derivado reformador, alterando o trabalho do poder constituinte originário, de forma a crescer, modificar ou suprimir normas. Todavia, o poder constituinte derivado é condicionado e limitado. Limitações de formas ou procedimentos art. 60, I, II, III, §§ 1º ao 5º da CF/1988.

Iniciativa (art. 60, I, II e III); Quórum de aprovação (art. 60, § 2º); promulgação (art. 60, § 3º); limitações circunstanciais (art. 60, § 1º); limitações materiais (art. 60, § 4º).

Aplicam-se assim os Direitos e Garantias Individuais do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Como bem preleciona a prof^a. Flávia Piovesan identificou uma clara relação entre a redemocratização do Estado Brasileiro, a partir de 1985 e o processo de incorporação de relevantes instrumentos de proteção aos direitos humanos.

[...] a partir da carta de 1988 forma ratificados pelo Brasil: a) Convenção Internacional para prevenir e punir a tortura em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os direitos da criança em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 24 de janeiro de 1992; f) Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992; g) Convenção Interamericana para prevenir, reunir e erradicar a violência contra a mulher em 27 de novembro de 1995; o protocolo a convenção americana referente aos direitos econômicos, sociais e culturais (protocolo de San Salvador) em 21 de agosto de 1996; i) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional em 20 de junho de 2002; j) o Protocolo Facultativo a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, em 28 de junho de 2002; k) os dois protocolos

facultativos a convenção sobre os direitos da criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e a venda de crianças e prostituição e pornografia infantil, em 24 de janeiro de 2004. A esses avanços soma-se o reconhecimento da Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1998.²⁴

Neste mesmo sentido temos o Decreto nº 6.949 de 25-08-2009; promulga a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, aprovado pelo Congresso Nacional conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, assegurando os Direitos Sociais.

Portanto, todos os tratados que ingressam no Ordenamento Jurídico após a CF/88, seguindo as etapas de: Negociação, Assinatura, Aprovação Parlamentar e Promulgação do texto, são mais que leis ordinárias materialmente falando são efetivas fontes de direitos implícitos.

Como já afirmamos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dialogam com a Constituição Federal Brasileira de 1988 no sentido de solidificar e ampliar os Direitos e Garantias Fundamentais. Seus princípios fazem do Estado um agente realizador da Justiça Social e da Paz solidária e fraterna nas relações sociais entre a sociedade e o Estado.

Constituído pelos valores da Revolução Francesa 1789, Liberdade, Igualdade e Fraternidade, cujo momento inaugural buscava o Estado de Direito. E o atual modelo é o Estado Democrático de Direito, ampliando as vertentes acima expostas com a Democracia e a Solidariedade.

Há a contemporaneidade dos Princípios da Revolução Francesa aprovados na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão pela Assembleia Nacional Constituinte Francesa em 1789. Foi a base da Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgado em 1948 pela Organização das Nações Unidas em vigor de formas atual em nossa sociedade globalizada e em nossa constituição cidadã de 1988, com valores expressos da dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade.

24 PIOVESAN, Flavia Cristina. *Direitos Humanos e a Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

Prestação estatal: boa governança, eficiência e eficácia

Cabendo ao Estado o planejamento, a elaboração, a organização e a execução das Políticas Públicas na busca da realização e da garantia dos Direitos Sociais através de Serviços Públicos de qualidade, como o instrumento de satisfação direta e indireta dos direitos fundamentais.

Há uma série de desafios para que o Estado consiga concretizar as Políticas Públicas de acordo com os Direitos Sociais esculpido em nosso Ordenamento Jurídico, desafios estes que se desenham nos campos econômicos e sociais devido ao processo de crescimento e globalização mundial, que perpassa também por nosso País. O Estado no seu papel de regulador, prestador de serviços públicos, fiscalizador e executor de ações e serviços com vistas a satisfação das necessidades da população atuando junto nos três níveis de governo ou entes federados, União, Estados e Municípios com o objetivo da Boa Governança Pública.

Dentro dos preceitos que regem a Boa Governança Pública, com intuito da Prestação Estatal com eficiência e eficácia nos setores econômicos sociais e Ambientais entre os entes federados há o estabelecimento de metas coletivas e individuais, a organização gerencial e os mecanismos de controle interno. Isto posto, celebrara parcerias com os órgãos de controle Tribunal de Contas da União-TCU e os Tribunais de Contas dos Estados-TCE, Ministério Público, Poder Judiciário, e o fortalecimento dos canais de controle social com a participação ativa da sociedade civil organizada como preconiza os valores da democracia participativa e da cidadania. O Interesse Público deve prevalecer nos atos da prestação Estadual da Boa Governança Pública, visto que a natureza jurídica dos Direitos Sociais é o Direito Público, com vistas a concretização de serviços públicos de qualidade e acessível a todos os cidadãos.

Como preleciona o professor Paulo Roberto Ferreira Mota:

Nesta ambiência, o direito ao serviço público compõe-se, a um só tempo, dos direitos fundamentais de segunda dimensão da justiça social, e dos de terceira dimensão pois as titularidades difusas e

coletivas significam asseverar que nós, o gênero humano acima de nossas desigualdades, somos iguais devemos ser fraternos.

A fuga do Estado, do direito administrativo ao direito privado, transmutação do papel de titular do serviço público para simples agente regulador de um mercado no qual estes serviços essenciais são tratados como mercadorias havendo a perseguição por maior lucratividade levando a crise a própria noção de Estado Social”.²⁵

A eficiência dos Mecanismos de Controle do Estado da qualidade dos serviços públicos é que garante a eficácia das ações as quais garantem os acessos aos Direitos Sociais e Individuais conforme preconiza nossa Constituição Federal e a Legislação Infraconstitucional na busca da sociedade justa, fraterna e solidária, baseados no Estado Democrático de Direito e na Cidadania, na universalidade e na Equidade e no acesso a justiça com fulcro em uma gestão transparente, eficiente, ética e humana.

Finanças e orçamentos públicos

O dever da administração pública incluída a implementação do SUS tem de atuar mediante práticas eficientes de gestão, e está estabelecido como princípio constitucional, de acordo com os termos do artigo 37 *caput* da Constituição Federal.

A este respeito, pontificam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo: Eficiência tem como corolário a boa qualidade. A partir da positivação deste princípio como norte da atividade administrativa, a sociedade passa a dispor de base jurídica expressa para cobrar a efetividade do exercício de direitos sociais como a educação, a saúde e outros, os quais tem que ser garantidos pelo Estado com qualidade ao menos satisfatório. Pelo mesmo motivo, o cidadão passa a ter o direito de questionar a qualidade das obras e atividades públicas exercidas diretamente pelo Estado ou por seus delegatários.²⁶

25 MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e Universalização dos Serviços Públicos: Análise Crítica da Regulação da Energia Elétrica e das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 128-138.

26 ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. *Direito Administrativo*. Niterói: Impetus, 2004. p.133.

Nessa linha de estudo jurídico do novo papel do Estado Brasileiro com ênfase no Direito Constitucional Administrativo como afirma o professor Bruno Miragem:

Uma consequência deste novo modelo de Está-Administra o, assim, será justamente o compartilhamento da autoridade do Estado. Trata-se, neste particular da revisão de um dos dogmas principais do direito administrativo, enfocando desde uma rela o jurídica de poder do Estado, para a visão de uma rela o jurídica administrativa, em que a atua o da Administra o Pública, em suas diversas esferas pressupõe atividade de colabora o com os demais entes públicos, e igualmente com entes privados na realiza o das tarefas públicas. Da mesma forma, o Estado não mais se impõe exclusivamente em razão de uma rela o de poder. A ênfase e ao caráter vertical da rela o de administra o Estado-Cidadão observa um abrandamento da ideia de subordina o do individuo em rela o ao Estado. Da lugar a preocupa o genuína com a legitima o da atua o administrativa mediante a ado o de procedimento adequado (processual idade administrativa) inspiradora da ideia de democracia pelo procedimento, a justificar e motivar a a o administrativa pela demonstra o de sua adequa o ao que se reconhece como interesse comum da sociedade (interesse público). E o direito administrativo, neste particular redesenha um conjunto de instrumentos de colabora o.²⁷

O Serviço Público está intimamente ligado aos direitos fundamentais e sociais, exerc -los   direito humano e oferecê-los com qualidade   tarefa de Presta o Estadual, fundamentado nos princípios da Boa governança, que se alicerça na Administra o dos Recursos Públicos com lisura e responsabilidade social. Destarte, ter o Estado que garantir os Princípios de Dignidade da Pessoa Humana, o princípio da Igualdade e os princípios que regem a Administra o Pública artigo 37 *caput* da Constitui o Federal de 1988.

27 MIRAGEM, Bruno. *A Nova Administra o Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 30-31.

Nesses pilares se sedimentam as bases para o Orçamento Público que deve buscar a supremacia do interesse público observando sempre a necessidade de aprimorar, controlar e executar os gastos públicos voltados ao Bem Comum, a Paz social e a satisfação das demandas da sociedade. Segundo o Professor Regis Oliveira: “Dispõe o artigo 165 da Constituição Federal, que existiram três leis orçamentárias, todas de iniciativa do Poder Executivo: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes orçamentárias e Orçamentos Anuais”.²⁸

O comprometimento da gestão com a governabilidade e a satisfação dos serviços públicos está expresso na alocação dos Recursos financeiros nas áreas prioritárias, ou seja, na implementação das políticas públicas, no fortalecimento da participação com a implantação do Orçamento Participativo uma ferramenta da gestão que abre o diálogo com a sociedade civil organizada e com a população em geral. Discutindo no Orçamento Público, o Financiamento das ações públicas, a Relação Público-Privado, a Ciência e Tecnologia, o Meio Ambiente, a Saúde e a Educação, a Assistência e a Previdência Social entre outras áreas de domínio público dentro da Lei de Responsabilidade Fiscal, numa Administração Pública que deve servir ao interesse público, permitindo ao cidadão acessar serviços públicos do Estado que o levem a uma vida digna, e dentro do Princípio da legalidade.

Aduz o professor José Afonso, que ao explicar o Princípio da Legalidade sob a ordem constitucional vigente, indica-o como legalidade democrática: “da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da equalização das condições dos socialmente desiguais”²⁹.

A garantia judicial dos direitos sociais: a saúde pública de qualidade

Dentre os valores fundamentais expressos na Constituição encontra-se os Direitos Sociais art. 6º ao 11º da nossa atual constituição

28 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 599.

29 SILVA, Jose Afonso. *Op. cit.*, p. 262.

o Direito à Saúde, mas expressamente no Título VIII – Da Ordem Social *caput*; II – Da Seguridade Social, Seção II – Da Saúde, artigos 196 ao 200. Válido ressaltar que a Constituição Federal de 1988, desenhou um novo momento político institucional para a Saúde pública no Brasil ao assegurar no artigo 196:

Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, prestação e recuperação.³⁰

Para assegurar a eficácia deste artigo a Lei 8080 e a 8.142/1990, criou o Sistema Único de Saúde – SUS, e há 27 (vinte e sete) anos a sociedade brasileira, os gestores e os trabalhadores em saúde, buscam melhorias do sistema. Faz-se uma ressalva que para além de todos os esforços das partes, há um crucial problema a ser resolvido que é o Financiamento do Sistema Público de Saúde e a sua gestão voltado há um modelo de atenção que promova os princípios contidos na sua legislação em vigor, todos baseados nos princípios e garantias constitucionais.

Com a participação social nos Conselhos de Saúde Municipal, Estadual e Nacional bem como nos Planos Municipais, Estaduais e Nacionais de Saúde construídos pelos três atores sociais governo 25%, profissionais de saúde 25% e usuários 50%.

A judicialização da saúde e a cláusula da reserva do possível

A ocorrência de falhas na gestão do serviço público de saúde tem motivado o ingresso cada vez maior de medidas judiciais de cunho individual e coletivo destinados a concretizar o atendimento a diversas pessoas e seguimentos que na prática veem-se impedidos de exercer o direito de acesso aos serviços de saúde com ações resolutivas, humanizadas e com eficácia e eficiência.

30 BRASIL. Op. cit., p. 56.

Essa busca na realização deste direito constitucional, levou o Judiciário a intervenções através de ações judiciais junto ao Poder Executivo, muitas vezes vista por alguns de forma pejorativa com a denominação de “Judicialização da Saúde”. Essas ações judiciais servem de base como um instrumento valioso a Gestão Pública, para a construção de políticas públicas com o intuito de atendimento as demandas reprimidas da sociedade usuária do sistema Público de Saúde, demandas estas individuais e ou coletivas. Como assegura Gregório de Almeida: “O direito processual, em especial o direito processual coletivo, tem o compromisso de ser forte meio de transformação com justiça da realidade social”.³¹

Para além da satisfação imediata da necessidade urgente do usuário do SUS, esculpida nas medidas judiciais com a tutela de urgência, concedida através de liminares, o recurso ao Judiciário é instrumento democrático e adequado para que as ações em saúde tenham eficiência.

Celso Antonio Bandeira de Mello observa:

Que a Administração Pública deve servir ao interesse Público, conceito este que só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro.³²

Entretanto, o Princípio Constitucional de Direito a Saúde, encontra resistência pretendida na cláusula da Reserva do Posível, alegada pelo Estado para a não entrega do BEM pretendido, não a efetivação do acesso as ações de saúde nas suas múltiplas necessidades do cidadão, quais sejam, cirurgias, exames, próteses e órteses, medicamentos dentre outros. Dificultando desta maneira o pleno exercício da cidadania plena, instando, um retrocesso social dentro de um Estado Democrático de Direito que vem sendo construído com lutas sociais, entre avanços e recuos naturais de um processo

31 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 229.

32 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, p. 52-53.

Democrático em evolução com o objetivo da solução pacífica dos conflitos, justa e com equidade e igualdade social.

Na insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Rui Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém, na medida em que se igualem, e tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem³³.

Mesmo com a argumentação de desestabilização do Orçamento Público e quebra do Planejamento financeiro da Gestão do executivo dos entes Federados nas três esferas de governo, razões estas que servem de base a Cláusula da Reserva do Posível. Ancorando-se na inviabilização da execução orçamentária é bom lembrar que os Direitos Sociais devem ser resguardados e a Lei não pode retroceder nos Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas esculpidas no artigo 60 da Constituição Federal.

Segundo anotou o professor Canotilho:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição do retrocesso social. A ideia aqui expressa, também tem sido designada como proibição de “contra revolução social ou da revolução reacionária. Com isto quer se dizer” que os direitos sociais e econômicos (como por exemplo, direito dos trabalhadores, direito a assistência social, a assistência a saúde, a educação e outros), uma vez alcançados ou conquistados passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjetivo.³⁴

O direito faz a leitura da realidade social, um fato a destacar que faz prova cabal dessa assertiva e a atual campanha dos Servidores Públicos Federais da área da Saúde Pública, cujo lema desses trabalhadores é: “Nenhuma direito a menos, dentro desse enfoque o não aceite do retrocesso social tão magnificamente”³⁵

33 BRASIL, República Federativa do. *Decisão do STF* – Processo: reclamação: Rcl 17585. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25126997/reclamacao-rcl-17585-df-stf>. Acesso no dia 20 de maio de 2015.

34 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Op. cit., p. 100.

35 Idem, p.100.

pontuado pelo professor Canotilho acima descrito.

Da Prestação Estatal com eficiência na assistência a saúde, sem inviabilizar a execução Orçamentária, argumento que dá sustentação a cláusula da Reserva do Posível ou seja, disponibilidade financeira efetivação dos Direitos a saúde. Essa discussão jurídica de direitos nos leva a estudo de dois outros princípios o da Ponderação e o da Proporcionalidade-razoabilidade, que compõe a análise e o entendimento que será necessário a escolha entre dois bens jurídicos essenciais. E o dialogo é vital ao direito, uma vez que não há direito absoluto, contudo em alguns casos específicos é válida a premissa de que o direito pode servir mais a uns do que a outros.

Ressalto a assertiva de que os Direitos Sociais ligados a efetivação das políticas públicas, exigem disponibilidade financeira do Estado. No entanto também o é necessário um planejamento estratégico numa gestão compartilhada com a sociedade, e demais poderes da República o Legislativo e o Executivo.

Pois, neste cenário de conflito surge a atuação do Ministério Público com fundamento no art.129, inciso III da Constituição Federal, bem como os Juízos de primeira instância das varas Especializadas de Ação Civil Pública e Ação Popular, as Varas de Fazenda Pública, os Tribunais Estaduais, o próprio Supremo Tribunal Federal na defesa da efetivação dos Direitos Sociais, no mérito indiscutível da concretização dos artigos 37, caput, 196 e 198, inciso II da Constituição Federal e artigo 6º inciso I, alínea “d” da Lei 8080/90 – Lei Orgânica da Saúde.

Estas garantias constitucionais impõem que os Direitos Sociais tenham aplicação imediata, pois constituem Direitos Fundamentais de segunda geração como já visto neste trabalho científico. O outro adendo a ser destacado é que a Liberdade direito de primeira geração não se efetivaria sem os direitos mínimos como a alimentação, a educação, a habitação e em destaque neste artigo o Direito Constitucional a Saúde, como direitos de todos e dever do Estado Brasileiro com bases no Direito Administrativo com princípios éticos e humanos e sociais de eficiência.

Caso não se efetive essas garantias Constitucionais, contidas nessas Legislações, pois são princípios de aplicabilidade imediata, direta e da plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais está consagrado no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, bem como o artigo 193 caput- Da Ordem Social. Outra garantia judicial possível para se efetivar os Direitos Sociais é através de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), lei nº 9.882/1999.

Considerações finais

Por todo o exposto acima, é imprescindível o entendimento de todos os atores sociais de que a Saúde possui um marco regulatório, com arcabouço jurídico construído de forma democrática.

A saúde é vital para a vida humana, o acesso às ações e serviços humanizados e a socialização das instâncias de governabilidade, com eficiência e eficácia para a concretização dos Direitos Sociais.

Os Direitos Fundamentais e as Garantias Constitucionais devem ser efetivados através de Políticas Públicas pelo Estado Brasileiro nas três esferas de governo do Executivo. O Estado Democrático de direito traz a sociedade mecanismos para controle social como espaço de Direitos Humanos e a Igualdade e Liberdade pressupostas fundamentais a Democracia.

A visão sistêmica da Boa Governança com Políticas Públicas Sociais baseadas na realidade da questão social através da garantia nos orçamentos públicos da efetivação do acesso a saúde pública como Direito e ações efetivas através de serviços públicos de qualidade, é a resposta governamental a “Judicialização da Saúde” via encontrada pelo cidadão brasileiro para a garantia de acesso a Saúde Pública.

Evitando assim a batalha judicial entre os Direitos Sociais é a cláusula do Reserva do Posível ancorada pelos governantes como resposta a sua inaptidão a administração Pública descomprometida com a cidadania, versos o arcabouço jurídico que garante a saúde como Direito de todos e dever do Estado Brasileiro. É a solução democrática e pacífica a esse conflito é a Participação social nas

instâncias democráticas garantidas pela nossa Constituição Federal em seu dispositivos o direito Público é via de implementação de políticas públicas sociais de forma coletiva de acordo com os princípios da administração pública fundamentada no artigo 37, caput da Constituição Federal de 1988.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. *Direito Administrativo*. Niterói: Impetus, 2004.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Preâmbulo. Publicado no diário da União nº 191-A de 05 de Outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Decisão do STF – Processo: reclamação: Rcl 17585 DF*. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25126997/reclamacao-rcl-17585-df-stf>. Acesso em: 20 maio 2015.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almeida, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.
- GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. Volume Único. Salvador: JusPODIVM, 2014.
- GERSCHAMAN, Sílvia. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro: Moderna, 2004.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São

Paulo: Malheiros, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e Universalização dos Serviços Públicos: Análise Crítica da Regulação da Energia Elétrica e das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flavia Cristina. *Direitos Humanos e a Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REZECK, Jose Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso Elementar. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Jose Afonso. *Comentário Contextual a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VALLA, Victor. *Cadernos de Saúde Pública*. Educação e Cidadania. Rio de Janeiro: Malheiros, 2010.