



## A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE GARANTIDO PELOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS<sup>1</sup>

Ana Paula de Oliveira Pause<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como foco a problemática do acesso ao direito social saúde, em virtude dos seus aspectos orçamentários existentes no mercado de consumo, bem como na esfera jurídica. Busca compreender os limites do Estado sobre a efetividade dos direitos prestacionais sociais. O tema é atual e pertinente, pois, a demanda judicial tem crescido significativamente em busca da efetivação dos direitos sociais e os limites que o Estado está sujeito, situação esta que tem inviabilizado o exercício pleno da cidadania. Diante do estudo realizado, foi possível concluir que, por ser a saúde um direito dos cidadãos, e sua garantia, juntamente com direitos desta natureza, se vincular à dignidade da pessoa humana, o que impede o retrocesso, os direitos sociais correspondem à conquista do respeito ao patrimônio individual e coletivo, porém, eles se satisfazem através de uma prestação, sendo assim, alguém tem de pagar, o que retrata o problema da incapacidade orçamentária do Estado de atender a demanda.

**Palavras-chave:** Acesso. Direito. Saúde.

**ABSTRACT:** This work focuses on the problem of access to social rights Health, by virtue of their budgetary aspects existing in the consumer market and in the legal sphere. Seeks to understand the state limits on the effectiveness of social

---

<sup>1</sup> Este artigo é oriundo da dissertação de Mestrado defendida pela mesma autora, intitulada "A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO ACESSO À SAÚDE E A ANÁLISE ORÇAMENTÁRIA DO DIREITO: DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL À UNIVERSALIDADE", sob orientação do Prof. Dr. José Francisco Dias Da Costa Lyra.

<sup>2</sup> Ana Paula de Oliveira Pause é Bacharela em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo–IESA (2010). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo–IESA (2013). Mestra em Direito pelo programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões–URI (2015). Pós-graduanda em Docência para o Ensino Superior, pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo–IESA (2016-2018). Professora do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo–IESA, no Curso de Direito. Mediadora Judicial em capacitação pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul–NUPEMEC (2014-2016). E-mail: anapaulapause@gmail.com.

prestacionais rights. The theme is current and relevant because the lawsuit has grown significantly in search of realization of social rights and the limits that the state is subject, a situation that has made impossible the full exercise of citizenship. Before the study, it was concluded that, being health a right of citizens, and the guarantee, together with rights of this nature, bind to human dignity, which prevents the backward movement, social rights correspond to the achievement of respect for the individual and collective heritage, however, they are satisfied by the provision, therefore, someone has to pay, which portrays the problem of budget inability of the state to meet demand.

**Keywords:** Access. Health. Right.

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Esta pesquisa tem como proposta analisar se os aspectos quanto a garantia de efetividade dos direitos fundamentais<sup>3</sup>, restrições legais, proibição de retrocesso, reserva do possível, mínimo existencial, escassez de recursos, custos dos direitos sociais, políticas públicas e judicialização dos direitos sociais estão sendo observados, devido sua prescrição na Constituição Federal.

Esta discussão tem sua relevância a partir da positivação dos direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devido uma nova realidade ter sido estabelecida quanto ao limite de capacidade de atuação do Estado ter passado a ser balizador da efetividade dos direitos fundamentais assegurados com a constitucionalização.

## **1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS**

Os direitos sociais correspondem à conquista do respeito ao patrimônio individual e coletivo, porém, eles se satisfazem através de uma prestação, sendo

---

<sup>3</sup> “Os direitos fundamentais, que constituem, ao lado da democracia, a espinha dorsal do constitucionalismo contemporâneo, não são entidades etéreas, metafísicas, que sobrepõem ao mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana”. SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social – ob. cit., 2004, p. 375.

assim, alguém tem de pagar, o que retrata o problema da incapacidade orçamentária do Estado de atender a demanda. Nesse sentido, tornou-se a saúde um direito exequível, em virtude da morosidade daqueles que devem prestar esse serviço à sociedade, fazendo assim com que ela seja exigida por processo de mobilização, negociação ou, por fim, mediante ação judicial.

Nesse sentido, importante trazer à baila a função especial de garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático e Social de Direito, onde Ingo Wolfgang Sarlet salienta que

[...] o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente. [...] a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional (SARLET, 2012, p. 58/59).

Nessa senda, Luigi Ferrajoli ensina que o direito fundamental é um direito universal<sup>4</sup> e indivisível<sup>5</sup>, quando explica que

Se un diritto fondamentale è rivendicato da taluni, allora Esso é rivendicato per tutti. È sulla base di questa solidarietà, conseguente all'indivisibilità dei diritti fondamentali, che se sviluppano l' amor próprio, cioè Il senso della própria identità di persona e di cittadine, insieme, Il riconoscimento degli altri como uguali<sup>6</sup> (FERRAJOLI, 2007, p. 64).

Nesse passo, os direitos fundamentais<sup>7</sup> são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados

---

<sup>4</sup> Do latim *universalis*, de *universus* (todo, inteiro, geral), *universal* indica a qualidade de tudo o que é geral, que é comum ou compreende a todos em sua espécie sem qualquer exceção. É, portanto, o geral, o comum, o total, o coletivo, opondo-se, assim, ao sentido de simples, particular, singular, especial, excepcional. SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1435.

<sup>5</sup> Do latim *indivisibilis* (indivisível, que não se pode dividir), é a qualidade ou estado mostrado por certas coisas, que não suportam uma divisão, isto é, não são divisíveis. Decorre da impossibilidade material de uma divisão, ou seja, da situação em que se apresentam certas coisas, que não se podem partir ou dividir, sem que sejam alteradas em sua substância. A divisão que fosse efetivada viria, assim, destruir a sua individualidade ou anular sua unidade. SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 735.

<sup>6</sup> “Se um direito fundamental é reivindicado para alguns, então esse é reivindicado para todos. E com base nesta solidariedade, conseguinte a universalidade e a indivisibilidade dos direitos fundamentais, que se desenvolvem através do amor próprio, isto é o sentido da própria identidade dos cidadãos, junto ao reconhecimento dos outros como iguais”. Tradução livre.

<sup>7</sup> Definição retirada da obra de FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 9.

de status de pessoa ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. É direito subjetivo, pois, qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por status a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

Ferrajoli refere ainda que “são direitos fundamentais os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãos, ou enquanto capazes de agir. [...] São direitos tutelados como universais, e, portanto, fundamentais” (2011).

A doutrina reconhece nos direitos fundamentais uma relação de interdependência e reciprocidade, não afastando a existência de tensões presentes nos direitos fundamentais e algumas das dimensões que envolvem a democracia (SARLET, 2012, p. 61).

Sendo assim, o direito à saúde é um direito fundamental, ou seja, aqueles direitos garantidos a nossa sociedade, previstos em nossa Constituição Federal, no rol do artigo 6º, onde estão elencados os direitos sociais.

José Afonso da Silva diz que os direitos sociais

disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto, sendo que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos (SILVA, 2014, p. 183).

Devemos conceituar direitos fundamentais, para uma melhor compreensão da matéria aqui apresentada. Sarlet (2012, p. 29) leciona que:

[...] a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecido e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquela posição jurídica que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2010, p. 29).

Riboli define então que os direitos humanos encontram seu reconhecimento e positivação internacional, já os direitos fundamentais são denominações adotadas pelo Estado em suas Constituições (RIBOLI, 2013, p. 58).

Outrossim, são então os direitos fundamentais, direitos humanos, da esfera internacional, os quais são trazidos pelo artigo 5º, §2º e 3º da Constituição de 1988, caracterizando então os direitos fundamentais. Dessa forma, observamos que essa distinção é meramente de ordem didática (RIBOLI, 2013, p. 58).

Assume relevo uma concepção, reconhecida na doutrina, de que

os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos” (SARLET, 2012, p. 59).

Conforme o exposto, analisaremos brevemente alguns conceitos presentes para a garantia dos direitos fundamentais, bem como acontecimentos históricos para a idealização do direito social à saúde como direito fundamental.

## **2 A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO**

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que objetivam a redução do risco de doenças e outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações para sua promoção, proteção e recuperação (SILVA, 2009, p. 1247).

A saúde pública é um vocábulo aplicado para distinguir o conjunto de serviços destinados a manter a boa saúde do povo e a salubridade pública, superintendidos, em regra, por um departamento público que recebe esse nome (SILVA, 2009, p. 1247).

Em razão disso, a Organização Mundial de Saúde (OMS) resume objetivamente o conceito de saúde<sup>8</sup>, quando diz ser “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”. Através dessa conceituação passamos a perceber o quão importante são as políticas públicas que devem ser desenvolvidas na preservação de nosso meio ambiente.

Nesse contexto, faz-se necessário demonstrar que o não acesso de todos os cidadãos à saúde, caracterizará uma crise do estado fiscal, onde se observa ausência de recursos financeiros e políticas públicas, o que estaria atentando o princípio da dignidade da pessoa humana, já que é uma garantia prevista a totalidade da população.

Assim, antes de falarmos sobre o direito social saúde, devemos transcrever aqui as primeiras manifestações no mundo sobre o assunto desse estudo, que foi a respeito de proteção social, em 1601, na Inglaterra, onde Vianna relata que, com a criação da lei Poor Relief Act (Ato de Alívio/Auxílio aos Pobres), de caráter assistencial, foi instituída a contribuição obrigatória para fins sociais. O Estado limitava-se a prestar benefícios assistenciais, oferecendo pensões pecuniárias e locais de moradia à população carente (VIANNA, 2008, p. 126).

No século XVIII, mais precisamente em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, surgiu a noção de Seguridade Social como uma forma de proteção social (VIANNA, 2008, p. 126).

Vianna esclarece ainda que, os países europeus, motivados pela iniciativa inglesa criaram, gradativamente, sistemas protecionistas que garantiam, mediante contribuição, o direito ao indivíduo vítima de alguma incapacidade para o trabalho, decorrente de doença, invalidez ou velhice, como também pensão por morte, para percepção de renda. Além disso, observa-se, contudo, que a prestação social existia somente para os contribuintes do sistema, não existindo, até então, nenhuma forma de proteção garantida pelo Estado a todos os indivíduos, objetivo da verdadeira Seguridade Social (VIANNA, 2008, p. 126).

---

<sup>8</sup> Definição dada pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Em 1897, a Workmen's Compensation Act (Ato Compensatório para Trabalhadores), criou o seguro obrigatório contra acidentes de trabalho, assim como também, foi imposto ao empregador o princípio da responsabilidade objetiva, ou seja, responsabilidade mesmo sem culpa (GRANZOTTO, s.a., s.p.).

Dentre outras manifestações mundiais, a respeito dos primeiros indícios de proteção à saúde, uma das principais, presente no ordenamento jurídico, foi no ano de 1948, onde surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, destacando, principalmente em seus artigos<sup>9</sup> 22, 25 e 28 , o direito à segurança social de toda pessoa como membro da sociedade, respeitando sua dignidade, bem como a segurança de um padrão de vida para si e sua família, o que significa direito à saúde bem como ao seu bem-estar onde vivem e, a realização de todos esses direitos estipulados.

Nessa senda, passamos a realizar o histórico no Brasil, que, segundo Fábio Zambite Ibrahim afirma que “[...]a **evolução da proteção social teve a mesma lógica do plano internacional: origem privada e voluntária**, com a formação dos primeiros planos mutualistas e a intervenção cada vez maior do Estado” [grifo nosso] (IBRAHIM, 2009, p. 156).

Finalmente em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a Carta Magna, em seu primeiro artigo, consolidou como um dos princípios constitucionais fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana, onde as necessidades para melhor conviver em sociedade, passaram a serem garantidas como um direito de todos e, dever do Estado.

---

<sup>9</sup> Art. 22. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Art. 25. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância tem direito a cuidado e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Art. 28. Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

A vida é o bem primordial de qualquer pessoa, seu primeiro valor moral. Juntamente com a vida nasce a dignidade, e por este motivo é devido a invocação da mesma para proteger e garantir à saúde.

Em razão disso, foi o grande momento de estruturação da proteção social brasileira, que, com a promulgação da nova Constituição, vieram estabelecidos no artigo 6º, os direitos sociais, sendo eles: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e, assistência aos desamparados.

Igualmente importante trazeremos a lume, outros dois artigos<sup>10</sup> (196 e 197) de nossa Carta Magna, de importante relevância para o assunto em apreço, onde está definido que a saúde é direito de todos e dever do Estado, bem como que são de relevância as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, sendo que sua execução deve ser feita diretamente ou através de terceiros, como também por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Assim, verificamos que os artigos aqui transcritos trazem o conceito já exposto sobre saúde e, saúde pública.

Em consequência disso, devemos salientar aqui, que, de acordo com a Lei nº 8.212, de 24.07.1991, em seu artigo 2º, parágrafo único, as atividades de saúde são de importância pública, onde sua organização deverá obedecer a princípios e diretrizes. Nesse sentido, in verbis:

Art. 2º 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.

Parágrafo único. As atividades de saúde são de relevância pública e sua organização obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:

---

<sup>10</sup> 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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.



- a) acesso universal e igualitário;
- b) provimento das ações e serviços através de rede regionalizada e hierarquizada, integrados em sistema único;
- c) descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- d) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas;
- e) participação da comunidade na gestão, fiscalização e acompanhamento das ações e serviços de saúde;
- f) participação da iniciativa privada na assistência à saúde, obedecidos os preceitos constitucionais.

Portanto, isso está corroborado, com o que define a Constituição Federal, em seus artigos 198 a 200, onde estes atentam para que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade (...). Observa-se também que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada e, a competência do sistema único de saúde.

Em razão de tudo isso, deu-se assim origem ao conceito de Seguridade Social, “[...]com a **ampliação da cobertura da proteção social para segmentos até então desprotegidos**; a introdução de um piso de valor igual ao salário mínimo e, a eliminação das diferenças de tipos e valores dos benefícios previdenciários entre trabalhadores rurais e urbanos, facultando o ingresso de qualquer cidadão, mediante contribuição” [grifo nosso] (STEENBOCK, s.a., s.p.).

Quanto a esta Constituição, em vigência até hoje, não podemos deixar de trazer a lume, que ela também é chamada de Constituição Cidadã, pois como referido, a mesma trouxe enormes avanços e mudanças no sistema de seguridade social pátrio (OLIVEIRA, 2010, s.p.).

Portanto, observamos que, a saúde deve ser ofertada pelo Estado, o que não condiz apenas com o tratamento a um corpo doente, mas também, com a oferta de melhores condições de vida para que as pessoas não fiquem doentes, ou seja, proporcionando um meio ambiente equilibrado.

Este direito foi reconhecido no Brasil apenas na Constituição de 1988, pois antes só era garantido aos trabalhadores com carteira assinada e suas famílias, fazendo com que tivessem acesso a este serviço como um favor. Por isso, este direito social tem aplicação imediata, o que o torna possível e devido de ser cobrado.

Ao passar a tecer as considerações finais, Alexy nos informa que, mesmo os direitos sociais mínimos têm, especialmente quando são muitas as pessoas que deles necessitam, enormes efeitos financeiros, sua extensão aumenta em crises econômicas. Dessa maneira, restrições passam a ser estabelecidas (ALEXY, 2008, p. 521).

A partir do que foi abordado, chega-se a uma consideração prévia de que a saúde é um direito do homem, e sua garantia, juntamente com direitos desta natureza, se vincula à própria dignidade da pessoa humana.

Este direito quanto à disponibilização do Poder Público, ao acesso à saúde, vem previsto no artigo 197 de nossa Carta Magna.

Observamos assim que essa discussão tem ligação direta com a ordem econômica, pois, para a prestação dos direitos sociais, principalmente no concernente à saúde, a ordem econômica tem como objetivo, em iguais condições, assegurar a todos a existência digna desse direito, conforme os ditames da justiça social.

Sobre essa característica, o artigo 193 da Constituição Federal ratifica o que segue:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e seu objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

### **3 O ACESSO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Os direitos fundamentais tiveram seu nascimento e desenvolvimento com as Constituições, onde foram devidamente reconhecidos e assegurados (SARLET, 2012. P. 35).

Historicamente, os direitos fundamentais, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet assumem

relevo não apenas como mecanismo hermenêutico<sup>11</sup>, mas principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder. (SARLET, 2012, p. 36).

Sendo assim, Ingo Wolfgang Sarlet, explica ainda que

Consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 37/38).

O conceito de direitos fundamentais abrange também termos como direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais.

A Declaração de Direitos do povo da Virgínia, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais (SARLET, 2012, p. 43).

O autor nos elucida a respeito dessas declarações americanas, que estas

incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos (SARLET, 2012, p. 43).

---

<sup>11</sup> É empregado na técnica jurídica para assinalar o meio ou modo por que se devem interpretar as leis, a fim de que se tenha delas o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador. [...] E esta interpretação não se restringe ao esclarecimento de pontos obscuros, mas a toda elucidação a respeito da exata compreensão da regra jurídica a ser aplicada aos fatos concretos. Definição trazida na obra de PLÁCIDO e SILVA. (681)

Robert Alexy, sobre a teoria dos direitos fundamentais, define que

uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-se falar em uma “teoria ideal dos direitos fundamentais”. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal. (ALEXY, 2008, p. 39).

Nesse sentido, a teoria integradora mencionada, está sujeita a duas incompreensões. Primeiro sugere que o postulado da integração iria conduzir a uma enorme mixórdia<sup>12</sup>, pois, o que se pretende é um sistema de enunciados gerais de direitos fundamentais, corretos ou verdadeiros, que são ordenados da forma mais clara possível (ALEXY, 2008, p. 39).

Quanto à segunda incompreensão, sugere que o programa integrativo exija muito da teorização sobre direitos fundamentais, fazendo que toda teoria dos direitos fundamentais pareça insuficiente ou sem valor, mesmo que verdadeira ou correta, não seja ampla (ALEXY, 2008, p. 39).

Portanto, conforme o autor, “o conceito de uma teoria integrativa é uma ideia regulativa, da qual a teorização sobre os direitos fundamentais pode se aproximar das mais variadas formas. Toda teoria sobre direitos fundamentais que contribua para a realização desse ideal tem, devido a essa contribuição, o seu valor”.

O caminho para uma teoria integrativa adequada, passa por uma teoria estrutural, pois, é uma teoria analítica, já que investiga estruturas como a dos conceitos de direitos fundamentais, suas influências no sistema jurídico e a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 42/43).

Alexy salienta ainda que a teoria estrutural não tem como objetivo apenas constituir a primeira peça da teoria integrativa dos direitos fundamentais, mas também sua base e estrutura para o que vem depois. Vejamos:

---

<sup>12</sup> Mistura.

Há uma série de razões para tanto. Clareza analítico-conceitual é uma condição elementar da racionalidade de qualquer ciência. Nas disciplinas práticas, que apenas muito indiretamente podem ser controladas por experiências empíricas, esse postulado tem um significado ainda maior. Isso vale principalmente para o campo dos direitos fundamentais, os quais são marcados por uma tradição analítica em uma medida muito menor que, por exemplo, o direito civil e expostos em medida muito maior a influências ideológicas (ALEXY, 2008, p. 43).

O referido doutrinador salienta ainda que “a dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos” (ALEXY, 2008, p. 43).

Nesse diapasão, uma observação à primeira vista é feita, chegando-se a conclusão que

os direitos fundamentais são, de um lado, “direitos individuais” e, de outro, “princípios objetivos”, quando analisada mais de perto, suscita problemas. [...] A aparência de simplicidade não surge somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos, para além de “direitos de defesa”, também “direitos de participação” ou “pretensões à participação”. E o que se quer dizer quando às vezes se fala em “poder jurídico”? Dificuldades especiais estão associadas às descrições do aspecto objetivo, ligado ao conceito de valor. Exemplos são: “normas axiológicas fundamentais”, “decisão axiológica”, “decisão axiológica jurídico-objetiva”, “conteúdo axiológico”, “valores constitucionais” e “valor comunitário constitutivo” (ALEXY, 2008, p. 43/44).

Para Bonavides, os direitos fundamentais ganharam importância com as Declarações de Direito, em especial a partir da Declaração dos Direitos do Homem ou da Liberdade. Se assim pode-se exprimi-los, eram “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos imprescritíveis, compreendendo a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência, a opressão, ressaltando a importância dos documentos em prol do desenvolvimento dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2011, p. 562).

Sendo assim, os direitos fundamentais são direitos inerentes ao ser humano, que, pelo simples fato de existir, já os tem garantido. Portanto, fazem parte da estrutura dos direitos individuais de liberdade.

Os direitos fundamentais exigem seu cumprimento, devido a garantirem um mínimo vital para a sociedade.

Observamos assim que, Alexy, sobre os direitos fundamentais, reconhece vinte e uma expressões<sup>13</sup> ou termos com essa conotação estrutural, estando dentre os principais o conhecimento como princípios constitucionais, liberdades fundamentais, direitos sociais, diretrizes, dentre outras.

Portanto, como declara o doutrinador, “a ciência do direito somente pode cumprir sua tarefa prática sendo uma disciplina multidimensional”, como verificamos, ao conhecermos todas as expressões relativas aos direitos fundamentais, trazidas à baila (ALEXY, 2008, p. 48).

Sendo assim, a “análise lógica demonstra exatamente que, nos casos minimamente problemáticos, a decisão não tem como ser tomada com base apenas nos meios da lógica, a partir de normas e conceitos jurídicos pressupostos. Para tanto, são necessários valores adicionais e, como fundamento desses valores, conhecimentos empíricos”.

Essa afirmação é confirmada por Sarlet, quando este diz que “a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem” (SARLET, 2012, p. 36).

Nesse sentido, Daniel Sarmento, sobre a situação atual dos direitos fundamentais, discorre que

reconhece a doutrina contemporânea a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo. Abrem-se, desta feita, novos caminhos e potencialidades para a

---

<sup>13</sup> As vinte e uma expressões são: “garantias de liberdade”, “princípios de conformação social”, “elementos da ordem social”, “princípios constitucionais”, “restrições” (à liberdade do legislador), “objetivos”, “encargo”, “diretriz vinculante”, “princípios e determinações em seu aspecto institucional-funcional”, “máximas”, “determinações objetivas”, “moldura”, “liberdades fundamentais”, “objetivos de direitos fundamentais”, “participação”, “direitos sociais”, “objetivos estatais”, “concepções de finalidades”, “objetivos vinculantes”, “encargos legislativos” e “diretrizes”. Expressões essas declaradas na obra de Alexy (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 1986. p. 44/45), citando o autor Scheuner (SCHEUNER, Ulrich. “Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit”, DÖV 24 (1971): 505-513).

proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento da sua dimensão objetiva (SARMENTO, 2006, p.107).

Dessa forma, os direitos fundamentais, uma vez positivados nas Constituições, passam a exercer função vinculante, obrigando o Estado e também os particulares à sua observação. Os direitos fundamentais individuais são concebidos como algo ligado à necessidade de ser imposta alguma forma de limite à atuação do Estado, ou seja, aos atos praticados por ele e por suas autoridades representativas. Aí surge uma proteção em favor da liberdade do indivíduo frente aos abusos cometidos pelo Estado, ficando esse impedido e obrigado a uma abstenção em relação à liberdade dos indivíduos.

Portanto, a possibilidade de garantir os direitos fundamentais, através da postulação pelo judiciário, tem crescido constantemente.

Como leciona Sarlet,

a função dos direitos fundamentais não se limita a serem direitos subjetivos, já que também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo ordenamento jurídico. Em outras palavras, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais. Em termos gerais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa que as normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma que transcende a perspectiva subjetiva, implicando, além disso, o reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais (SARLET, 2012, 42).

Diante disso, não podemos olvidar que em razão da dimensão dos direitos fundamentais, entende-se que

não basta que os Poderes Públicos se abstenham de violar tais direitos, exigindo-se que eles os protejam ativamente contra agressões e ameaças provindas de terceiros. Além disso, caberá também ao Estado assegurar no mundo da vida as condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs. Ademais, o Estado tem o dever de formatar seus órgãos e os respectivos procedimentos de um modo que propicie a proteção e efetivação mais ampla possível aos direitos fundamentais (SARMENTO, 2006, p.107).

Conforme Sarmiento, “abrem-se, desta feita, novos caminhos e potencialidades para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento da sua dimensão objetiva” (SARMENTO, 2006, p. 107).

É afirmado também pelo autor que “a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinadas pela teoria liberal clássica”.

Nesse aspecto, salienta-se ainda que essa relação entre cidadão e Estado limitam então a autonomia dos atores privados, bem como protegem a pessoa humana da opressão executada pelos poderes sociais não estatais, que estão difusamente presentes na sociedade contemporânea (SARMENTO, 2006, p. 107).

Portanto, “pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais” (SARLET, 2012, p. 43).

Dito isso, observamos que o legislador passa então a assumir o encargo, para que então promova os direitos fundamentais, onde deverá a legislação ordinária ser revista sob nova ótica, sendo ditada pela axiologia<sup>14</sup> constitucional.

Afirma-se então, pelas razões mencionadas, que os direitos fundamentais foram denominados, inicialmente, direito de defesa, direitos negativos ou ainda liberdades negativas, e que surgiram com o objetivo de restringir a atuação do Estado, exigindo dele um comportamento omissivo em prol das liberdades do indivíduo, aumentando a participação da autonomia individual em face da atuação estatal.

Diante dessa ratificação, nas palavras de Amaral, os conceitos de direitos fundamentais aparecem na história a partir da era moderna. As ideias de dignidade, liberdade e igualdade existiam na história antes do Renascimento, mas não formuladas como direitos, tal como hoje, conceito que fortaleceu e ganhou corpo com sua incorporação nos textos constitucionais dos países (AMARAL, 2010, p.26).

---

<sup>14</sup> Qualquer teoria que esteja relacionada com a questão dos valores (especialmente os valores morais); ciência dos valores. Definição trazida pelo dicionário online de português. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/axiologia/>>.



É dever dar prosseguimento ao trabalho com o desenvolvimento do direito à saúde garantido ao homem, vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, a qualificação fundamental indica situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, nem sobrevive, devendo ser formalmente reconhecida e materialmente concretizada.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve como objetivo analisar os aspectos mercadológicos na implementação do acesso ao direito social saúde, pois, essa garantia é estabelecida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentos de nossa República, previsto na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, a saúde tem como característica o mínimo existencial, o que garante ao cidadão que não tenha negado seu direito à vida, diante da negação do direito à saúde.

Por fim, a questão enfrentada, objeto principal do trabalho, diz respeito ao conflito gerado pela impossibilidade da universalidade do direito à saúde, devido à ausência de recursos financeiros e políticas públicas, o que estaria atentando o princípio da dignidade da pessoa humana, já que é uma garantia prevista a totalidade da população.

Assim, partiu-se da premissa de que o direito à saúde é um direito fundamental social e que, sua garantia está assegurada, já que foi elevado à condição de cláusula pétrea, juntamente com o rol dos demais direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal.

Observamos também que o ente público deve obedecer o princípio da legalidade, respeitando a previsão orçamentária, onde as atividades estatais estejam vinculadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que obedece a análise econômica do Direito.

Nesse diapasão, vimos que a escassez de recursos tem crescido significativamente, pois, a demanda prestacional está inversamente proporcional à disponibilidade de recursos para aquisição do que é necessário à garantia da saúde.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Vade Mecum Saraiva 2014. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.pitangui.uepg.br/nep/documentos/Declaracao - Direitos Humanos.pdf](http://www.pitangui.uepg.br/nep/documentos/Declaracao%20-%20Direitos%20Humanos.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.212**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. In: **Legislação de Previdência Social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRANZOTTO, Alexandre José. **Resumo – Legislação Previdenciária**. Disponível em: <<http://www.professoramorim.com.br/amorim/texto.asp?id=116>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

OLIVEIRA, José Ribeiro de. **Constituição Cidadã**. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1616355-constitui%C3%A7%C3%A3o-cidad%C3%A3/>>. Acesso em: 11/07/2014.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STEENBOCK, Mário. **Previdência Social**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 16/08/2014.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social, Custeio e Benefícios**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.