



DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: UM DIREITO SOCIAL QUE PRESCINDE DE EFETIVIDADE NA CONTEMPORANEIDADE

Pedro Henrique Sanches Aguera¹, Alessandro Severino Valler Zenni²

RESUMO: Esta pesquisa esta direcionada aos motivos que levam o mínimo ou a inércia do estado na aplicação do direito social á saúde, tendo como alicerce o principio da dignidade da pessoa humana que é visto por muitos doutrinadores como um principio supra-constitucional, busca-se analisar com o foco local como tem-se efetivado este direito no território brasileiro por meio das políticas públicas. Para tanto, utiliza-se primeiramente no campo observacional a pesquisa empírica que permeia os primeiros momentos do estudo, passando para a pesquisa científica por meio de obras didáticas/doutrinárias, utiliza-se ainda a pesquisa exploratória de dados fornecidos pelos principais institutos de pesquisa no país e o método a ser utilizado reside no dedutivo, histórico e comparativo e com isto possibilitará entender o motivo da inefetividade do direito fundamental da saúde e ausência deste, ao analisar a causa propor soluções para tal problema.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Social á saúde. Dignidade da Pessoa humana. Concretização de direitos.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A vida em sociedade sempre foi dividida hierarquicamente com a presença de vínculos subordinação: escravos e servos, patrão empregado. Com isso a uma necessidade da intervenção estatal, para minimizar esta ostensiva diferença social, atuando, por exemplo, de forma a garantir uma educação de qualidade, trabalho digno, moradia, proteção, entre outros.

O estado tem papel fundamental nesta intervenção, principalmente em se tratando de um Estado Democrático de Direito, para que cada indivíduo desfrute da maneira mais plena, de forma máxima os direitos sociais, conforme assegura a Constituição Federal no seu art. 6, sendo de notável importância a necessidade do estado para prestar uma diminuição dessas desigualdades sociais. Entretanto, tem-se a presença do princípio supra-constitucional da dignidade da pessoa humana, tendo esta como característica da liberdade individualista, sendo que o estado tutela o mínimo de proteção para cada cidadão.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário de Maringá – Cesumar, Maringá – PR. Programa de Iniciação Científica do Cesumar (PICC). ph_sanches@hotmail.com

² Orientador e Docente do Curso de Direito e do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – Cesumar, Maringá – Paraná. zenni@wnet.com.br



Que o cidadão possa desfrutar de forma mais plena, e benéfica dos direito sócias, principalmente do direito social á saúde. O presente trabalho tem como meta compreender a relação existente entre os direitos á saúde, á luz da dignidade da pessoa humana. Nos termos do art. 6, na redação dada pela EC n. 26-2000 os, tento estes direito como necessidade para sua eficiência a presença do estado, ou seja, o poder público atuará por meio de políticas públicas para minimizar a grande diferença social, elencada deste do inicio da sociedade. Como consequência proporcionando uma melhora na vida, liberdade e igualdade.

Entretanto, a um problema na atuação deste princípio na prática, onde, o estado não tem aparatos suficientes para aplicação deste principio, ficando inerte. E consequentemente aplicando outro principio supra-constitucional o Principio da dignidade humana, sendo este aplicado individual e personalíssimo; dando o mínimo a cada cidadão.

O presente estudo centra seu objeto nas políticas públicas como determinantes para a concretização dos direitos á saúde frente à realidade no Brasil. Desta forma, a problematização reside nos óbices existentes para a efetivação deste direito por meio.

Ao longo do estudo alguns conceitos serão utilizados como uma certa frequência, dos quais cita-se que será definido direitos sociais e a diferença de direitos fundamentais, políticas públicas e concretização de direitos.

Em que pese, a resposta pronta para inefetividade dos direitos sociais para a Administração Pública resida na teoria da reserva do possível, o que parece é que recursos existem e são suficientes mas mal empregados, nesta encontra-se a hipótese do problema.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na intenção de se proceder com o desenvolvimento da temática sob estudo, há outra matéria jurídica sobre o qual é válido debruçar-se, a saber, o direitos Fundamentais; seu conceito e a sua classificação e os demais institutos a ela vinculados, o que se passa a fazer doravante.



2.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A delimitação acerca do conceito deste instituto ganha relevância à medida que estabelece as normas e os regimes jurídicos aos quais estão submetidos.

O conceito de direitos fundamentais foi estabelecido do por Uadi Lammêgo Bulos quando relata que:

a) são o conjunto de normas princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor condição econômica ou status social.³

Uadi Lammêgo Bulos certifica-se ainda que, “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”.⁴

Entretanto, do ponto de vista da evolução constitucionalismo esse conceito passou por transformações, em justificção da assimilação de novos direitos imprescindíveis ao ser humano para uma vida em sociedade, como é o caso dos direitos sociais, os quais ganharam força constitucional lado a lado com os direitos individuais.

Assim, com fundamento na doutrina moderna, direitos fundamentais encontra-se incorporado a pessoa humana, ou seja, decorre da própria natureza do homem, visto como inalienáveis, imprescritíveis, Irrenunciáveis e universais. Visando assegurar a todos vida decente, respeitável, igualitário.

Em consonância com essas ideologias, o autor Marcelo Alkmim ressalta:

Segundo a moderna doutrina, direito fundamentais são todos aqueles essenciais à pessoa humana, indispensável para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.⁵

Preleciona Prof. Uadi Lammêgo Bulos em outra de suas obras:

Por isso é que eles são, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de m contexto histórico, perfeitamente de limitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do

³ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 401

⁴ Op. Cit. P. 401

⁵ Alkmim, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. Florianopolis: Conceito Editorial, 2009, p. 327.



homem, nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fato social cambiante. A reprodução homóloga é a inseminação promovida com material.⁶

2.2 CLASSIFICAÇÃO

A Constituição Republicana de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Entretanto, didaticamente os doutrinadores modernos substituem o termo classificação para “geração”, com a finalidade de melhor explicar tal evolução, de forma, que hoje observamos quatro etapas diferenciadas.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, demonstra estar cada vez mais aderindo a esta classificação, se não vejamos:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio de liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota essencial de inexauribilidade.⁷

A partindo-se desta decisão do STF, podemos dar o “ponta pé inicial”, para analisar às três gerações de Direitos fundamentais:

⁶ Constituição Anotada. p. 69.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno MS 22.164, Rel. Min Celso de Mello, DJ de 17.11.1995, p. 39206.



Os direitos de primeira geração são os direitos Cíveis e políticos do homem, que se resiste ao direito estatal. Fundamentado no princípio da liberdade. Esta geração de direitos melhoram os direitos individuais como forma de minimizar a determinação do Estado. Defendidos os direitos considerados indispensáveis a cada homem.

Esta valorização do individual justifica-se, historicamente, surge a partir do rompimento com o Estado Abolutista, onde não estava presente os direitos individuais, estando o indivíduo unicamente submetido à vontade estatal. Pode-se afirmar, dentro deste contexto histórico, que tais direitos significam uma prestação negativa, ou seja, um não-fazer do estado.

Em relação à primeira geração de direitos fundamentais, salienta Alexandre de Moraes, “os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdade públicas), surgindo institucionalmente a partir da Magna Charta.”⁸

No que tange a segunda geração de direitos fundamentais, que corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais. Assim, este direito está ligado intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo. Pressuposto a isto, passam estes direitos a exercer uma liberdade social, formulando uma ligação das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Themistocles Brandão analisa o surgimento desta geração:

O começo do século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos na declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.⁹
(Princípios gerais de direito público. 3 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003.)

Tais direitos fundamentais passaram a ser resguardado pelo estado a partir das lutas dos trabalhadores e da necessidade de estabelecer regras que pudessem assegurar às condições de vida e de trabalho da população. Consequentemente, nasce a necessidade da intervenção sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo, saindo da esfera do não – fazer estatal, entrando em uma presença ostensiva do estado.

Como apontado por Marcelo Alkmim:

⁸ MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, editora Atlas S.A, São Paulo.

⁹ *Princípios gerais de direito público*. 3 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003.



Isso ocorria, sobretudo, em face dos abusos surgidos com o aprofundamento da relação entre capital e trabalho durante o Estado liberal, momento histórico em que não havia qualquer regramento pertinente às relações de trabalho. Assim, disparou-se a sociedade com a necessidade de se estabelecer regras que pudessem disciplinar questões com a jornada de trabalho, férias, entre outros direitos trabalhistas, além de exigir uma postura mais ativa do Estado em relação à tutela dos direitos do cidadão. Nesse sentido, diferentemente dos direitos individuais, os direitos sociais compreendem uma prestação positiva por parte do Estado, um fazer em Prol do cidadão.¹⁰

E por fim, contemporaneamente, se protege, constitucionalmente, como direitos de terceira geração, respectivos aos que dizem respeito à fraternidade ou à solidariedade. Existe a mendicância de tutelar o próprio gênero humano.

Se não vejamos o Ilustre Professor Gilmar Ferreira Mendes e Marcelo Alkmim.

Já os direitos chamados de terceira gerações peculiatizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividade, de grupos. Tem –se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. Mendes, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, editora Saraiva, São Paulo, Folha 156.

Essa geração de direitos corresponde aos que dizem respeito à fraternidade ou solidariedade. Tais, grupos ganhou dimensão com o surgimento das chamadas “sociedades de massa de consumo”, a partir do deslocamento do homem do campo para cidade e da aglomeração das pessoas, sobretudo nos grandes centros urbanos, motivado pelo acelerado processo de industrialização. Isso refletiu no aparecimento de uma nova geração de direitos, incorporando aos direitos fundamentais, lado a lado com os tradicionais direitos individuais e sociais.¹¹

É necessário deixar claro que o relevo existente entre gerações dos direitos fundamentais é pautado para posicionar o momento histórico que se fundiu estes novos direitos com o ordenamento jurídico.

Com outras palavras, esta classificação em gêneros possui a finalidade de situar o momento que estes direitos surgiram na sociedade e se positivaram através das normas.

Deve-se ainda, entender, que surgimento de outras gerações não exclui a antiga geração de direito, ou seja, esta análise de direitos fundamentais em gerações indica o caráter cumulativo.

No mesmo sentido é a lição de Gilmar Ferreira Mendes quando relata:

Deve-se ter presente, entretanto, que se falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos nem momento tenha sido suplantados por

¹⁰ Alkmim, Marcelo. Curso de direito Constitucional. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 330

¹¹ Op. Cit. P. 301



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 sócias prevalentes nos novos momentos. Assim um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardem, hoje, o mesmo conteúdo que apresentam antes de surgirem os direitos de segunda geração com as suas reivindicações de justiça social, e antes que fossem acolhidos os direitos de terceira geração, como o da proteção do meio ambiente. Basta que se pense em como evoluiu a compreensão do direito à propriedade, desde a Revolução Francesa até a incorporação às preocupações constitucionais de temas sociais e de proteção do meio ambiente. Os novos direitos não podem ser desprezados quando se trata de definir aqueles direitos tradicionais.¹²

Por todo o exposto, concluir que tanto na classificação doutrinária quanto na classificação prevista na lei, no que diz respeito a direito fundamental, esteve intimamente ligado a evolução da humanidade, haja visto o momento histórico que se encontra a sociedade no momento deste desenvolvimento.

Traçadas as ideias preliminares acerca dos direitos fundamentais, o presente estudo se dirige à abordagem específicas do direito fundamental à saúde, com ênfase na sua efetividade e a valimento dado pelo Princípio da dignidade da pessoa humana, destacando-se a influência que o Estado, enquanto assegurado do interesse público, pode exercer sobre a mesma.

3 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Ao se estabelecer a premissa que o direito à saúde é um direito fundamental, ganha importância à medida que pressiona sua aplicabilidade no ordenamento jurídico Brasileiro.

Primeiramente, o direito à saúde encontra-se disciplinado pelo art. 196 da Constituição Federal que relata:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2011, p. 683



agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.¹³

Mediante esse artigo, constata-se que o mesmo faz uma alusão a dois princípios constitucionais, quais sejam: dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade que pressupõe o Estado-garantidor, cujo dever é de assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se.

A saúde por ser um direito constitucional, é dever do Estado criar meios para que todos possam usufruir do mesmo.

3.1 CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE

Elucidado a apreciação do direito social à saúde como direito fundamental, insta ilustrar o conceito deste direito.

O conceito de saúde esta estampado no Preâmbulo da Constituição da OMS, 1946:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.¹⁴

Neste contexto, mediante os antigos debates doutrinários e jurisprudência acerca do tema, que extrapolam os objetivos deste trabalho, cumpre esclarecer a responsabilidade em torno do estado. A mesma Organização Mundial de Saúde ainda afirma:

Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.¹⁵

Um conceito especialmente enfatizado no contexto latino-americano é o proposto pela Primeira Conferência Pan-Americana de Educação em Saúde Pública, realizada em 1994, na cidade do Rio de Janeiro. Trata-se do conceito de saúde integral, definida como sendo “a capacidade e do direito individual e coletivo de realização do potencial humano

¹³ Artigo. 196 da Constituição Federal.

¹⁴ Organização Mundial de Saúde. Preâmbulo

¹⁵ Organização Mundial de Saúde.



(biológico, psíquico e social) que permita a todos participar amplamente dos benefícios do desenvolvimento”¹⁶.

O conceito de saúde sempre foi e provavelmente continuará sendo uma matéria tomentosa. Conquanto, modernamente, entende-se como saúde como sendo: Direito fundamental do cidadão, que gera, também, para ele para a coletividade onde vive, obrigações e deveres de participação.

3.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Segundo a Emenda Constitucional n 26 – 200, são considerados direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, conforme previsão no art. 6 deste dispositivo. Sobre o tema, Marcelo Alkmim assevera:

A atual Constituição brasileira, de forma inovadora em relação aos textos anteriores e demonstrando a valorização dada aos direitos sociais, dedicou um capítulo exclusivo para tratar deste direitos, no título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”... Os demais direitos sociais estão mencionados no art. 6 e desdobrados em vários dispositivos no Título VIII, “Da ordem Social”..¹⁷

Entretanto, este projeto de procura limitar-se apenas no que tange ao direito à saúde, se não vejamos: Pensar na constitucionalização do direito social a saúde, nos desafios e efeitos da efetivação desses direitos, reclama uma reflexão sobre a proteção positivada deste direito fundamental.

Torna-se notório ressaltar que a previsão deste Direito se deu unicamente na Constituição de 1988, sendo que textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre o tema. Por exemplo: A Constituição Federal de 1824, que fazia referência à proteção de “socorros Públicos” (art. 179 XXXI). Gilmar Ferreira Mendes destaca o acolhimento de direito na constituição federal como Direito fundamental:

Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixe-se claro – que as demandas que buscam a efetivação de prestações a saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.

¹⁶ Pan – Americano de Educação em Saúde integral. 1994

¹⁷ Alkmim, Marcelo. Curso de direito Constitucional. Florianópolis: Conceito Edital, 2009, p. 332



Portanto, antes a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Para tanto, há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde.¹⁸

Nesta esteira, o direito à saúde não apenas possui previsão Constitucional sob o ponto de vista formal, mas é verdadeira norma essencial para promoção humana e umbilicalmente tem ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal norma, possuindo previsão na legislação infraconstitucional, sempre encontrará fundamento de validade e, portanto, com ele deve manter sua aplicabilidade pratica.

Além da positivação do direito à saúde, outro ponto em comum á este direito, é a sua implementação no principio da dignidade da Pessoa Humana.

3.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À SAÚDE

O Princípio da dignidade da pessoa humana, esta pressentido no art. 1º, inciso III, art. 170, inciso III e art. 226, parágrafo 7º, da constituição Federal de 1988. Adquirindo aparência axiológica, sendo utilizado como alicerce onde transita o regime fundamental e a estruturação do Estado brasileiro.

A dignidade esta exposto ao ordenamento Jurídico como um principio, com tal merece ser analisado como absoluto, deste modo, não pode sofrer arranhões nem ser vitima de argumentos que a coloque em um relativismo.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, esta extremamente vinculado aos direito sociais, na medida em que para iniciar o respeito a este Princípio tem-se primeiramente concretizar os direitos sociais, que por sua vez esta atrelada ao caput do art. 225 e art. 6 da Carta Magna. Nesse sentido deixa claro, o professor Rissatto Nunes:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto constitucional. Aliás, é verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2011, p. 685



Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.¹⁹

Desta união, é que se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida se fosse assegurada seus direitos sociais. Assim, é notório que a própria constituição está posto na direção da implementação da dignidade no meio social.

4 DIREITO À SAÚDE E A EFETIVAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL

Primeiramente, torna-se necessário analisar a efetivação deste direito fundamental que se dá através de políticas públicas.

Nesse sentido destaca O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator do AgR-re n. 271.286-8 – RS “A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”. É notório através desta previsão a preocupação do poder judiciário no que se refere a efetivação do direito a saúde. Conclui o relator: “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública às ações e serviços de saúde (CF, art. 197) ”.

Quanto à efetivação deste direito, Gilmar Ferreira Mendes comenta:

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a política pública que promovam, protejam e recuperem a saúde.²⁰

Partindo-se dessa análise, constatamos que além do direito fundamental à saúde, existe uma obrigação de dever por parte do estado de assegurar este direito. Como por exemplo: aumentar políticas públicas que visem à redução de doenças, à proteção, à promoção e a recuperação da saúde.

¹⁹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: 2002, p. 51

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2011, p. 686.



Nesse sentido, de acordo com o conceito citado anteriormente, o direito a saúde é um direito social garantido por políticas sociais e econômicas, nos termos dos artigos 196 e 197 de nossa Constituição Federal de 1988.

Havendo necessidade, de uma tutela jurisdicional do estado em garantir esta aplicabilidade (ativismo jurídico). Não estamos, afirmando o monopólio do poder judiciário, mas sim, a participação na elaboração de políticas públicas que poderiam ser eficaz para a atividade do direito social à saúde.

Ademais, necessita de uma postura proativa do poder judiciário, com a finalidade de obrigar o estado a cumprir com suas obrigações. Nesse caso, em acatar o dever de cumprir com a prestação das políticas públicas.

Portanto, torna-se claro que, em situações da proteção constitucional do direito à saúde, o vínculo existente entre esta proteção e a corresponde ação. O que na realidade existe é direito de ação do estado, implicando na assistência aos doentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No plano formal e técnico pode-se afirmar com propriedade que a legislação atual, no que se refere a direito à saúde, é referência no mundo todo. Entretanto, tal afirmação não se concretiza sobre a sua aplicabilidade.

Em que pese o direito à saúde seja um direito fundamental, e como tá obriga o estado meio que possa viabilizar a sua aplicabilidade, em nada adianta.

A norma da Constituição artigo 196 é claro ao mencionar que o direito à saúde é direito de todos e reservado pela administração Pública, através de políticas públicas, tais como: Controle social, integralidade, entre outras.

Entretanto, o que se observa na prática é um total desrespeito as previsões constitucionais. O estado se fazendo valer da reserva do possível, atuando no sentido de retirar sua responsabilidade, ao se tornando omissos ou simplesmente inerte frente a este direito o torna inaplicável.



Em outras palavras, a literalidade deste artigo, leva a conclusões inconsistentes na prática, ou seja, o direito à saúde na teoria encontra-se perfeito, porém, na prática tal declaração não se positivou.

Deste modo, a impotência, do estado em cumprir com seu dever, se dá principalmente devido a má administração dos recursos e na atuação das políticas públicas que não correspondem com o preceituado nos princípios da ordem social.

REFERÊNCIAS

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.
- GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: Análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REIS, Clayton; VAZ, Wanderson Lago. Dignidade da pessoa humana. *In: Revista Jurídica Cesumar*, v. 7, n. 1, p. 181-196, jan./jun. 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.