

## O direito público subjetivo à saúde: efetividade via políticas públicas

Germano Schwartz<sup>1</sup>

Juliana Ractz<sup>2</sup>

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 Conceito jurídico de saúde. 2 A saúde como um direito público subjetivo e fundamental. 3 A saúde como um direito prestacional e a responsabilidade do poder público. 4 Políticas Públicas. 5 Políticas Públicas em saúde. 6 A revisão judicial de Políticas Públicas. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O presente artigo pretende analisar a efetividade do direito à saúde, discutindo as atividades do poder regulador do Estado sobre as ações e serviços de saúde executados, principalmente pelo Poder Público, implementados através de políticas públicas na área de saúde, bem como quais as conseqüências, limites e amplitude do poder regulador.

**Palavras-chave:** direito à saúde, poder público, políticas públicas

**Abstract:** The present article intends to analyze the effectiveness of the right to the health, arguing the activities of the regulating power of the State on the actions and executed services of health, mainly, for the Public Power, implemented through public politics in the health area, as well as which the consequences and limits of the regulating power.

**Key-words:** Right to the health, public power, public politics

### Considerações iniciais

A efetivação da saúde no Brasil é um problema histórico. Porém a consagração deste direito como fundamental ocorreu ainda quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe, dentre outros, o direito à saúde como um direito de todos e dever do Estado (artigo 6º), o que significou o estabelecimento constitucional dos direitos sociais disponíveis a todos os cidadãos. Desta forma, todos os brasileiros têm o direito de usufruir de políticas públicas que reduzam riscos e agravos à saúde e permitam o seu acesso universal e igualitário.

A caracterização da Constituição Federal de 1988 como uma Constituição social é muito bem elucidada por Lenio Streck: “é por demais evidente que se pode caracterizar a Constituição brasileira de 1988 como uma “Constituição Social, dirigente

<sup>1</sup> Doutor em Direito (Unisinos). Professor Universitário.

<sup>2</sup> Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade Luterana do Brasil – RS. Professora de Direito Civil na FAPLAN – Faculdades Planalto.



e compromissária”, alinhando-se com as Constituições europeias do pós-guerra.”<sup>3</sup>

Muito embora a consagração constitucional desse direito, que preceitua que compete ao Poder Público nas suas diferentes esferas (federal, estadual e municipal) o desenvolvimento de políticas públicas que garantam esse direito, os preceitos constitucionais atinentes à matéria não são factibilizados.

Compete ao poder público a responsabilidade pela efetivação da saúde, quando da criação, implementação e cumprimento das políticas públicas, previstas no Texto Constitucional e nas diversas leis ordinárias existentes sobre o tema.

Dessa forma, pode o poder público negar-se a conceder às pessoas o direito de ter uma vida saudável? Ele pode ser omissivo quanto às necessidades da sua população? As políticas públicas existentes são suficientes para cumprimento do preceituado pela Constituição Federal de 1988? Quais os meios necessários e suficientes que deveria se usar para garantir esse direito tão essencial?

As respostas para tais questionamentos não possuem, por certo, resposta única. Dentro do corte epistemológico proposto, o artigo pretende apontar algumas tentativas para a resolução da problemática da efetivação do direito à saúde no Brasil, sem, contudo, esgotar o debate acerca do tema.

## 1 Conceito jurídico de saúde

A saúde, assim como a maioria das coisas na vida, tem seu conceito variável de acordo com o contexto histórico e cultural em que está inserida. “Em grande parte, a crença individual e os valores relacionados com o conceito de saúde e doença são determinados socialmente.”<sup>4</sup>

Cada geração impõe crenças, idéias que melhor se adaptem à realidade em que estão inseridas, fruto, é claro, de ensinamentos e aprendizados repassados pelas gerações anteriores. Dessa forma, a evolução do direito está ligada à elevação da complexidade do sistema social em que está inserido.

Historicamente, foi no século XX que ocorreu o grande progresso tecnológico da saúde, marcado pela Segunda Guerra Mundial, que, com episódios

de barbárie, influiu decisivamente para o processo de saúde existente, corolário do direito à vida. Landmann assim observa:

Todas as sociedades estabeleceram instituições formais para cuidar de seus doentes, com a medicina profissional considerada quase unanimemente como a única forma para fazê-lo. A enorme prevalência de pessoas julgadas doentes e as preferências pelos cuidados profissionais resultaram em grande expansão dos serviços médicos e, também, na preocupação com os gastos excessivos de um sistema cada vez mais sofisticado para fazer face às necessidades dos cidadãos, pois essas necessidades passaram a tornar-se um direito humano.<sup>5</sup>

Assim, a partir do século XX, com a humanização em alta, a saúde passa a ser definida como a defesa da vida. Porém, para muitos estudiosos, o conceito de saúde ainda é indeterminado, encontrando-se diante dele proposições como: ausência de moléstia, o bem-estar físico, mental e social e defesa da vida.

Na concepção de Julio César de Sá da Rocha, “a imprecisão do termo “saúde” revela pensamentos distintos sobre o tema: de um lado, o entendimento de que a saúde relacionava-se como o meio ambiente e as condições de vida dos homens; do outro, o conceito de saúde como ausência de doenças.”<sup>6</sup>

Para José Luis Bolsan de Moraes, “(...) a saúde não se restringe mais à busca individual e passa a ter uma afeição coletiva na medida em que a saúde pública passa a ser apropriada pelas coletividades, como direito social, como direito coletivo, bem como se alarga o seu conteúdo. Tem-se a prevenção da doença.” Dessa forma, para esse autor, o conceito de saúde deve expressar-se na vida em sociedade e tem sua melhor forma na prevenção de moléstias, onde pode ser obtida sua melhor efetividade.

Diante dessas definições, pode-se perceber que o conceito de saúde é, de certa forma, um tanto complexo, dependendo de diversas variáveis, tais como: contexto social, econômico e político em que está inserida a sociedade. Logo, sem a intenção de restringir o conceito, considera-se que a saúde deve ser entendida como algo em constante mutação (uma vez que varia de acordo com o intérprete, o tempo e o contexto social em que está inserida), baseada na concretização da sadia qualidade de vida, usufruída com dignidade.

Ademais, não se pode esquecer que a exata compreensão do direito à



saúde deve obedecer, em primeiro plano, os dispositivos constitucionais que garantem os direitos sociais.

A Constituição Federal, no caput do seu artigo 5º, garante a todos os cidadãos a inviolabilidade do direito à vida. Em seu artigo 6º, a Carta Magna reconhece que o direito à saúde é um direito social e no artigo 196, como um direito de todos. Observa, ainda, no caput do artigo 170, que é de responsabilidade da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna. Derradeiramente, em seu artigo 200, atribui ao SUS (Sistema Único de Saúde) o controle e a fiscalização dos procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, participação na produção de medicamentos, dentre outros.

A fim de encerrar e embasar a análise constitucional acerca do conceito jurídico de saúde, faz-se menção aos artigos 225 e 227. O primeiro estabelece que todos têm direito ao ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, e o segundo atribui ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde.

Portanto, entende-se que a análise do conceito jurídico de saúde deve partir, em primeiro plano, da análise conjunta de todos os dispositivos constitucionais existentes acerca do tema. Somente com uma análise conjugada é que se poderá chegar a um patamar adequado de entendimento e, por fim, ao cumprimento dos preceitos estabelecidos na Lei Maior.

## **2 A saúde como um direito público subjetivo e fundamental**

No tópico anterior, procurou-se definir o que é a saúde, ou seja, o que esta significa sob o ponto de vista jurídico. Procura-se, agora, abordar este direito sob um ponto de vista mais específico, caracterizando-o como público subjetivo e fundamental.

O direito público subjetivo à saúde é indisponível, representando bem jurídico constitucionalmente tutelado. Com isso, faz parte do rol de direitos fundamentais, cujo desrespeito afeta a própria dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88).

Assim, por ser um direito público subjetivo, a saúde é indisponível sendo dever do Estado conceder aos seus tutelados a melhor condição possível para uma vida digna, o que tem início pela sua preservação.

Para que se entenda, ainda, o significado do tema em estudo, é preciso enaltecer um fator fundamental: o de que o direito à saúde é um direito fundamental. Nessa linha de raciocínio, Herbert Hart refere que o direito é um conjunto ou uma união de regras primárias que dizem respeito às ações dos indivíduos (fazer ou não fazer), e secundárias, denominadas regras de conhecimento, que especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser criadas, alteradas ou eliminadas, bem como permitem verificar sua violação.<sup>7</sup>

Nessa esteira, para viver em sociedade, o ser humano criou um regramento, ou seja, ajustou um termo de conduta que pudesse propiciar uma certa harmonia em seu meio, determinando o que era ou não possível fazer. Dentre esses comportamentos sociais, alguns seriam mais significativos, ou seja, as regras mais importantes teriam mais valia (direitos fundamentais).

Direitos humanos (maneira utilizada para resumir a expressão direitos fundamentais da pessoa humana), ou fundamentais são, então, aqueles imprescindíveis, de máxima hierarquia, sem os quais o ser humano não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver, de participar plenamente da vida.<sup>8</sup>

#### Na interpretação de Herkenhoff

(...) Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.<sup>9</sup>

Por essa razão, o cumprimento dos direitos fundamentais torna-se necessário, uma vez que perfazem direitos com características únicas e que estão baseados na própria essencialidade da vida, interligas pessoalmente com o sentimento mais íntimo de sobrevivência. O problema, entretanto, é a dificuldade de efetivação dos direitos fundamentais. Para Herkenhoff,

(...) a simples técnica de estabelecer em constituições e leis, a limitação



do poder, embora importante, não assegura, por si só, o respeito aos Direitos Humanos. Assistimos em épocas passadas e estamos assistindo, nos dias de hoje, ao desrespeito dos Direitos Humanos em países onde eles são legal e constitucionalmente garantidos. Mesmo em países de longa estabilidade política e tradição jurídica, os Direitos Humanos são, em diversas situações concretas, rasgados e vilipendiados.<sup>10</sup>

Em que pese tudo isso, o direito à saúde é um direito fundamental, e como tal deve ser obedecido, pois os direitos humanos também estão inseridos no conceito de dignidade, da qual o direito à saúde, imprescindivelmente, faz parte.

### **3 A saúde como um direito prestacional e a responsabilidade do poder público**

A saúde constitui-se em dever estatal proclamado constitucionalmente no artigo 196 da Lei Maior. Cabe a esse ente a responsabilidade pela sua promoção, proteção e recuperação. É sua dimensão prestacional, explicitada por Andreas Krell, quando diz que: “Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais.”<sup>11</sup>

Nessa linha de raciocínio, compete ao Poder Público a efetivação do direito à saúde, muito embora não se exclua a responsabilidade dos particulares em geral. Mesmo reconhecendo-se tal possibilidade, “(...) importa considerar que sem o reconhecimento de um correspondente dever jurídico por parte do Estado e dos particulares em geral, o direito à saúde restaria fragilizado, especialmente no que diz com sua efetivação.”<sup>12</sup>

Então, o Estado, como responsável principal ou garantidor da saúde, deve prestá-la a todos. A obrigação deve ser factibilizada tanto por prestações positivas quanto negativas por parte do Estado. Com isso, o direito à saúde pode ser considerado tanto como um direito positivo (a prestações) como ou como direito negativo (de defesa).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como

– e esta a dimensão mais problemática – impondo ao estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde. (...).<sup>13</sup>

Dessa forma, a saúde é um direito prestacional, no sentido em que compete ao Estado sua prestação e assistência, bem como compete a este a responsabilidade de abster-se de atos que venham a prejudicar a saúde dos cidadãos, podendo até mesmo sofrer sanção caso descumpra seu dever de fazer ou não fazer. Para fazer valer os direitos constitucionalmente protegidos, assim como o é a saúde, compete ao Estado a criação de políticas públicas eficazes e adequadas.

#### 4 Políticas públicas

A efetivação da saúde depende de determinados instrumentos, dentre os quais um, em especial, se sobressai: uma atuação positiva por parte do Estado, o que é realizado através de políticas públicas.

Para tanto, a definição de políticas públicas é imprescindível, muito embora um tanto complexo. Essa complexidade deve-se ao fato de que as políticas públicas trazem consigo uma elevada carga de política, pois fazem parte da ciência política e não do direito, tendo como base o processo político de escolha de prioridades para o governo.

Segundo Maria Paula Dallari, “Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”<sup>14</sup> Assim, para essa autora, adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau de interpenetração entre as esferas jurídica e política.<sup>15</sup>

Para Marília dos Santos, a noção de política pública centra-se em três elementos: a) a busca de metas, objetivos ou fins; b) a utilização de meios ou instrumentos legais; c) a temporalidade, ou seja, o prolongamento no tempo que



implica a realização de uma atividade e não de um simples ato. Tais elementos formam uma noção dinâmica pela qual pode-se definir políticas públicas como um “conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um fim determinado”<sup>16</sup>.

Nesse contexto, Dandolini refere que ao administrador cabe implementar as políticas públicas discriminadas na ordem constitucional social, sem se falar em discricionariedade para deliberar sobre a conveniência e oportunidade de sua implementação, tendo em vista que tal já restou deliberado pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional que elaborou as normas de integração. Assim, “a Constituição deixa de ser vista como mera proclamação de intenções político-filosóficas e se afirma como norma jurídica, vinculante e superior à lei ordinária.”<sup>17</sup>

Ainda a autora refere que a própria legitimidade do Estado Social está ligada à realização de políticas públicas que se caracterizam por todas as formas de intervenção do Estado, seja como provedor, gerenciador ou fiscalizador.<sup>18</sup>

Assim, os direitos fundamentais encontram-se inseridos na Constituição Federal, competindo às políticas públicas efetivá-los. É o caso do direito à saúde.

## 5 Políticas públicas em saúde

O tema referente a políticas públicas tem grande importância quando existe um texto constitucional estabelecido a partir de um processo democrático e que traz em seu núcleo, além dos direitos individuais e políticos, também os direitos sociais, econômicos e culturais, onde as políticas públicas servem como instrumentos de concretização dos referidos direitos, fornecendo-lhes força vinculante.<sup>19</sup>

Para aplicação e concretização do direito à saúde, são necessárias atitudes ativas por parte do Estado, junto aos seus cidadãos. Torna-se imprescindível que o Poder Público realize prestações positivas, utilizando-se, para tanto, do seu poder de polícia e da adoção de políticas públicas eficazes.

Nessa seara, é essencial lembrar que o Estado exerce papel primordial, pois é de sua competência, por meio de suas ações, promover o bem-estar social,



por intermédio de uma ação governamental planejada. À Administração Pública compete o importante papel de planejar e concretizar os direitos protegidos pelo Texto Constitucional, em especial, no que se refere à saúde, uma vez que, como já dito, para sua concretização, são necessárias atitudes positivas por parte da Administração Pública.

Dessa forma, o papel do Estado no campo da saúde comporta uma série de condicionamentos administrativos em prol do bem-estar social, sendo que, dentro do tema saúde encontra-se toda uma gama de situações que interferem para o bem-estar individual e social, tanto que já se fala em direito sanitário como um ramo autônomo do direito administrativo, tamanha sua importância na sociedade.<sup>20</sup>

De acordo com Dallari, ficou estabelecido na Lei maior (arts. 196 e 197), a obrigação de o Poder Público regular, fiscalizar e controlar toda e qualquer ação ou serviço de saúde, devendo ele orientar sua atuação no sentido de reduzir riscos de doenças e garantir a todos o acesso a tais ações e serviços para promoção, proteção ou recuperação da saúde.<sup>21</sup>

Em obediência a tais dispositivos, o Poder Público regulou as ações e os serviços públicos ou assemelhados destinados a promover, proteger ou regular a saúde (Lei Orgânica da Saúde – leis federais 8080/90 e 8142/90), regulou, também, os planos de seguros privados e assistência à saúde (lei federal 9656/98); e regulou, igualmente, o sistema nacional de vigilância sanitária, destinado a eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde (lei federal 9782/99).<sup>22</sup>

A mesma autora ressalta o fato de que a Constituição Federal obrigou o legislador nacional, quando da elaboração dessas leis, a orientar a atuação do Estado no sentido de reduzir os riscos de doenças e garantir a todos o acesso às ações e serviços para a promoção, proteção ou recuperação da saúde.<sup>23</sup>

Assim, a Constituição Federal de 1988, em diversos dispositivos, ampara a saúde, inclusive no que se refere à sua concretização através de políticas públicas de saúde, reconhecendo-a como um direito social (C.F. art. 6º). O problema reside na implementação desses preceitos, competindo à administração e à sociedade tal tarefa.



Compete, pois, ao Estado exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, na forma da lei. Para o setor público, o planejamento é determinante, de vez que a Administração só pode fazer aquilo que a lei determina, não ficando a sabor do administrador atuar de tal ou qual forma.<sup>24</sup>

Segundo Lenir Santos, o planejamento dos programas de saúde deve ocorrer ouvindo-se os órgãos deliberativos do setor, que são o conselho de seguridade social e os conselhos de saúde (nacional, estadual e municipal) nos quais se fazem presentes representantes da comunidade, do governo, do empresariado e dos trabalhadores da saúde.<sup>25</sup>

Portanto, especificamente no que se refere à saúde, pode-se afirmar que os Estados são responsáveis pela garantia do direito à saúde de seu povo, o que está expresso constitucionalmente, obrigando-os a implementar políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e que proporcionem o acesso de todos igualmente às ações e serviços destinados a promover, proteger e recuperar a saúde.<sup>26</sup>

Ressaltada a importância da saúde, é necessário uma política social e econômica eficiente por parte do governo, uma vez que as ações e serviços de saúde são de relevância pública. Essas políticas públicas de saúde devem ser de forma organizada, planejada, a fim de atingir os objetivos consagrados constitucionalmente e, assim, a efetivação desse direito.

## **6 A revisão judicial de políticas públicas**

O Poder Judiciário possui papel crucial na tarefa de efetivar a Constituição Federal. De acordo com Sueli Gandolfi Dallari, a implementação de uma política pública implica tanto a definição das regras do jogo quanto a harmonização dos agentes econômicos e sociais, ou seja, participam desse processo tanto o poder Legislativo, quanto o executivo e o Judiciário.<sup>27</sup>

Porém não basta a Constituição Federal apenas elencar os direitos sociais, dentre eles, especificamente, a saúde, sem uma ação executiva que os torne eficazes, o que deve ser buscado através de políticas públicas, ou seja, via ações positivas

por parte do Poder Público que coloquem em prática o preceituado no Texto Maior. Uma vez descumprido o Texto Constitucional, compete ao Poder Judiciário a efetividade das políticas públicas.

Para Dandolini, isso significa dizer que ao Judiciário é possível determinar a implantação e dar efetividade às políticas públicas previstas na ordem constitucional. São elas desde já exigíveis judicialmente, cabendo ao juiz verificar, na hipótese de omissão do Poder Público, se o direito exigido é compatível com o que seria razoável de se esperar do Poder Público. Mais ainda, ao Judiciário é possível exigir do Poder Público que implante políticas públicas, ainda que, progressivamente, para atender aos interesses da sociedade brasileira, quando, apesar de previstas no texto constitucional, houver indubitável escassez de recursos.<sup>28</sup>

Dentro desse quadro, extrema importância assume o controle judicial das políticas públicas. Para Dallari, a questão da justiciabilidade das políticas públicas colocaria duas perguntas ao jurista: primeiro, saber se os cidadãos em geral tem ou não o direito de exigir, judicialmente, a execução concreta das políticas públicas; segundo, saber se e como o judiciário pode promover a execução das políticas públicas.<sup>29</sup>

Assim, compete ao Poder Judiciário o controle judicial das políticas públicas, e, por consequência, dos atos da Administração Pública, o que assume especial relevância quando se coloca em voga a saúde, bem maior de seus tutelados.

Nesse contexto, na implementação de políticas públicas para concretização dos direitos sociais levar-se-á em consideração, dentre os princípios que constituem o Estado de Direito (legalidade, igualdade e judicialidade), com maior ênfase, a judicialidade. Dele surge a possibilidade de discussão referente ao papel do Poder Judiciário na exigibilidade e implantação de políticas públicas.<sup>30</sup>

Cumpra aos Poderes Constituídos a tarefa de concretizar, ou seja, desenvolver e efetivar, ou tornar realidade os comandos constitucionais. Inexiste Constituição destituída da pretensão de efetivar-se e, por força do princípio da supremacia da Constituição, os Poderes Constituídos encontram-se, desde logo, comprometidos com a concretização das normas constitucionais. Na lição de Krell:



(...) o apego exagerado de grande parte de juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas “lições” às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.<sup>31</sup>

Nesse diapasão, não há que se olvidar que o papel do Judiciário, no que se refere à guarda e concretização da Constituição Federal é de extrema relevância, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais e seu controle e implementação através das políticas públicas.

### **Considerações finais**

O direito à saúde é um direito fundamental e está inserido no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, na categoria dos direitos sociais, podendo todos os cidadãos dela usufruir, competindo aos Poderes Públicos o desenvolvimento de políticas que venham a garantir esse direito e, assim, preservar a dignidade da pessoa humana.

O Estado é o agente normativo e regulador da atividade econômica, cabendo a ele as funções de fiscalização, incentivo e planejamento no que se refere à saúde de sua população, uma vez que “a Constituição garantiu ao indivíduo o direito à saúde e disse ser dever do Estado efetuar essa garantia.”<sup>32</sup>

O direito à vida, à saúde, à integridade física e assim à dignidade humana estão garantidos objetivamente pelo direito material, residindo com o Estado a obrigação de assegurá-los. Porém, embora se trate de um direito essencial, a saúde enfrenta um grande problema de efetivação, que encontra óbice, principalmente na criação, implementação e concretização de políticas públicas eficazes, pois “o Poder Público deve cumprir a sua parte mantendo serviços de saúde para assistir a população e adotando medidas que diminuam riscos e agravos à saúde, mediante políticas sociais e econômicas que permitam ao cidadão a melhor proteção de sua saúde e a fruição do bem-estar”<sup>33</sup>.

Dessa forma, compete à Administração Pública a implementação de uma

saúde de qualidade para seus cidadãos nos casos em que o serviço por ele prestado não for suficiente, ou sequer seja oferecido à população. Tamaña dificuldade de efetivação tem gerado a busca pela intervenção judicial, pois esse tem sido o único meio de obrigar o Estado a cumprir com o disposto na Lei Maior.

Assim, quando o direito à saúde não é cumprido voluntariamente pelo Estado, deve-se partir para uma intervenção judicial, sendo essa a medida mais eficaz para solucionar o problema, pois, mesmo que temporária, é a única forma de concessão deste direito quando ele é negado pelo Estado.

Porém, a saúde somente poderá ser concretizada na prática através de decisões sábias dos julgadores que atuam no Judiciário, ou seja, é essencial que esses estejam realmente alerta e interessados com a realização dos direitos fundamentais e verdadeiramente atentos para o clamor dos cidadãos.

O que não se pode admitir é que esse direito fundamental social torne-se, pela inércia do legislador ou pela falta de concretização das políticas públicas, uma utopia perante a população, que formam filas em frente aos postos de saúde e hospitais atrás de um direito que deveria ser-lhe garantido de forma automática, imediata.

Assim, o Brasil tem inúmeras seqüelas no que se refere à preservação da saúde. E é tão largo o espectro das atividades que ameaçam a saúde e a vida dos indivíduos que não se pode delimitar com precisão o campo de atuação do Estado na proteção da saúde.<sup>34</sup>

A busca de alternativas para concretizar esse direito se impõe, o que deve partir, em primeiro plano, do Poder Público, através da implementação de políticas públicas eficazes; subsidiariamente, da sociedade e, em última instância, do Poder Judiciário, competindo a estes fazer valer o disposto na Constituição Federal, tornando efetivo o direito à saúde e garantindo aos que precisam de amparo o cumprimento desse direito de modo a proporcionar aos seus cidadãos uma vida mais digna.



### Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Editora Moderna, 1998.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *O juiz e a política de saúde*. Revista da AJUFEST. Editora Revistas Oficiais, 2002.

DANDOLINI, Cynthia Candomil. Sindicabilidade judicial das políticas públicas. In: *Direito do Estado: novas tendências*. Edição Especial. Vol. IV, nº VII (out.2005), Porto Alegre. PPGDir./UFRGS, 2005.

GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. Ribeiro Mendes. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994., p. 104.

HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. V. 1., São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

KRELL, Andréas Joaquim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

LANDMANN, Jayme. *Medicina não é saúde*. As verdadeiras causas da doença e da morte. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito da saúde*. Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: LTR Editora, 1999.

SANTOS, Lenir. *O poder regulamentador do estado sobre as ações e os serviços de saúde*. Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 5. n. 20. Julho-setembro de 1997. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, SP.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: SAFE, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Direito e Democracia. Canoas, vol. 3, n. 1. 1º sem. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARTZ, Germano A. e Ricardo Jacobsen Gloeckner. *A tutela antecipada no direito à saúde*. Aplicabilidade da teoria sistêmica. Fabris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

---

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p 28.

<sup>4</sup> LANDMANN, Jayme. *Medicina não é saúde*. As verdadeiras causas da doença e da morte. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, p. 13.

<sup>5</sup> LANDMANN, Jayme. *Medicina não é saúde*. As verdadeiras causas da doença e da morte. Op. cit., p. 44.



<sup>6</sup> ROCHA, Julio César de Sá da. Direito da Saúde. *Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: LTR Editora, 1999, p. 43.

<sup>7</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. Ribeiro Mendes. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 104.

<sup>8</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Editora Moderna, 1998, p. 7.

<sup>9</sup> HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. V. 1., São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994, p. 30.

<sup>10</sup> HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. Op. cit., p. 52.

<sup>11</sup> KRELL, Andréas Joaquim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002, p. 19

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Artigo algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Direito e Democracia. Canoas, vol. 3, n. 1. 1º sem. 2002, p. 89.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Artigo algumas considerações me torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 89.

<sup>14</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo. Ed. Saraiva, 2002., p. 241.

<sup>15</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. Op cit., 241.

<sup>16</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: SAFE, 2006, p. 80.

<sup>17</sup> DANDOLINI, Cynthia Candomil. Sindicabilidade judicial das políticas públicas. In: *Direito do estado: novas tendências*. Edição Especial. Vol. IV, nº VII (out.2005), Porto Alegre. PPGDir./UFRGS, 2005, p. 161.

<sup>18</sup> DANDOLINI, Cynthia Candomil. Sindicabilidade judicial das políticas públicas. In: *Direito do estado: novas tendências*. Op. cit., p. 161.

<sup>19</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Op. cit., p. 73.

<sup>20</sup> SANTOS, Lenir. *O poder regulamentador do estado sobre as ações e os serviços de saúde*. Op. cit., p. 161.

<sup>21</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *O juiz e a política de saúde*. Revista da AJUFEST. Editora Revistas Oficiais, 2002, p. 14.

<sup>22</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *O juiz e a política de saúde*. Op. cit., p. 14-5.

<sup>23</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *O juiz e a política de saúde*. Op. cit., p. 15.

<sup>24</sup> SANTOS, Lenir. *O poder regulamentador do estado sobre as ações e os serviços de saúde*. Op. cit., p. 159-160.



<sup>25</sup> SANTOS, Lenir. *O poder regulamentador do estado sobre as ações e os serviços de saúde*. Op. cit., p. 160.

<sup>26</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *O juiz e a política de saúde*. Op. cit., p. 17.

<sup>27</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *O juiz e a política de saúde*. Op. cit., p. 13.

<sup>28</sup> DANDOLINI, Cynthia Candomil. *Sindicabilidade judicial das políticas públicas*. Op. cit., p. 273.

<sup>29</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *O juiz e a política de saúde*. Op. cit., p. 13.

<sup>30</sup> DANDOLINI, Cynthia Candomil. *Sindicabilidade judicial das políticas públicas*. Op. cit., p. 153.

<sup>31</sup> KRELL, Andréas Joaquim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Op. cit., p. 91.

<sup>32</sup> SANTOS, Lenir. *O poder regulamentador do estado sobre as ações e os serviços de saúde*. Op. cit., p. 161.

<sup>33</sup> SANTOS, Lenir. *O poder regulamentador do estado sobre as ações e os serviços de saúde*. Op. cit., p. 161.

<sup>34</sup> SANTOS, Lenir. *O poder regulamentador do estado sobre as ações e os serviços de saúde*. Op. cit., p. 161.

