

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE NOS BENEFÍCIOS  
POR INCAPACIDADE**

Janaina de Oliveira Porto

Presidente Prudente/SP  
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE NOS BENEFÍCIOS  
POR INCAPACIDADE**

Janaina de Oliveira Porto

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Flademir Jerônimo Belinati Martins.

Presidente Prudente/SP  
2015

PORTO, Janaina de Oliveira.

A Efetivação dos Direitos Fundamentais à Saúde nos Benefícios por Incapacidade/  
Janaina de Oliveira Porto: - Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”.  
2015.

Nº. de folhas: 80

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio  
de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

Direitos Fundamentais e Efetivação do Poder Público. I. A Efetivação dos Direitos  
Fundamentais à Saúde nos Benefícios por Incapacidade.

# **A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE**

Trabalho de Monografia aprovado como  
requisito parcial para obtenção do Grau  
de Bacharel em Direito.

---

Flademir Jerônimo Belinati Martins

---

Pedro Augusto de Souza Brambilla

---

Graciela Damiani Corbalan Infante

**Presidente Prudente, 25 de novembro de 2.015.**

*“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades,  
lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram  
conquistadas do que parecia impossível”.*  
*Charles Chaplin*

## **AGRADECIMENTO**

Primeiramente a Deus, que foi o patrocinador de toda a minha força, o protagonista da minha fé, e quem me proporciona diariamente a sede da vitória, não só na área acadêmica, mas em todos os aspectos de minha vida. É ele quem me faz verdadeiramente acreditar que eu “tudo posso naquele que me fortalece”.

Aos meus pais, Sebastião e Janete, e ao meu irmão André, por sempre estarem ao meu lado e confiarem no meu potencial.

Obrigada aos meus familiares pelo incentivo e motivação aos estudos.

Ao meu orientador Flademir Jerônimo Belinati Martins, pelo tempo dedicado a mim, e ao rico conhecimento prestado.

Agradeço a todos os meus amigos, companheiros desde o início da minha formação, e aos que fazem parte da minha vida pessoal e profissional, a vocês os meus sinceros votos de consideração.

E a todos que fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

## RESUMO

No presente trabalho, serão abordados os aspectos relacionados à Efetivação dos Direitos Fundamentais à Saúde, em especificamente nos benefícios previdenciários por incapacidade. Parte-se do pressuposto de que todo cidadão deve ter positivado seus direitos constitucionais, uma vez que estes estão amparados em princípios, normas, leis, e que estão diretamente ligados ao Estado que é o executor de tais garantias. Através do Poder Público Judiciário se pode obter a efetivação desses direitos de maneira precisa e satisfatória, quando descumprido por órgãos integrantes do próprio Estado, por exemplo, o Instituto Nacional de Seguridade Social, assegurando-lhes as medidas necessárias para a satisfação do interesse individual de cada cidadão, e atendendo a cada necessidade específica. Outrossim, irá demonstrar a importância de uma tutela efetiva, tempestiva e adequada, ao passo que o segurado, muitas vezes, dependerá desse auxílio para conseguir proporcionar o mínimo de sua própria subsistência. Importante salientar que o presente estudo discorrerá sobre a ponderação de valores na visão das autoridades do poder público, passando pela seara dos conflitos de pareceres profissionais. No mais, será possível compreender que o bem maior deve ser protegido, para amenizar as consequências irreversíveis causadas pela demora e falta de suprimento, tanto financeiro como judicial.

**Palavras – chaves:** Direitos Fundamentais e Sociais. Direito à Saúde. Ponderação de Valores. Eficácia da Jurisdição. Meios de efetivação.

## ABSTRACT

The present research will address the aspects related to Effectiveness of Fundamental Rights to Health specifically about the disability claims. It starts from the assumption that every citizen should have with their constitutional rights as these are protected on the principles, standards and laws are directly linked to the State, which is the executor of such guarantees. Through the Public Judiciary Power can obtain the realization of these rights accurately and satisfactorily when the State's own organs, for example, do not breach it the National Institute of Social Security, assuring them the necessary measurement for the satisfaction of individual concern of every citizen and giving it to each specific need. However, it will demonstrate the importance of an effective, timely and appropriate care while the insured often depends to provide such assistance to achieve the minimum of its own subsistence. Importantly, this research will talk about the weighting values in view of government authorities through the field of conflicting professional opinions. Other than that, it has been able to understand the greater good must be protected to mitigate the irreversible consequences caused by the delay and lack of the supplies, both financial and legal.

**Key Words:** Fundamental and Social Rights. Right to Health. Weighting Values. Effectiveness of Jurisdiction. Means of Execution.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>11</b>
2.1 Considerações Gerais: Previsão Constitucional, Internacional e Eficácia .....	11
2.2 Perspectiva da Evolução Histórica.....	20
2.3 Dos Direitos Sociais .....	26
2.3.1 Direitos Sociais Relativos à Seguridade Social .....	28
2.4 Direito à Vida .....	29
2.5 Direito à Saúde .....	32
2.5.1 Efetividade e seu Controle .....	40
2.5.2 O Sistema Único de Saúde (SUS) .....	46
2.5.3 A Defesa da Saúde em Juízo.....	49
2.5.4 Agência Nacional de Saúde (ANS) .....	52
<b>3. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE .....</b>	<b>55</b>
3.1 Previdência Social – Conceito e Finalidade .....	55
3.1.1 Natureza Jurídica .....	56
3.1.2 Fundamentos.....	57
3.2 Breve Abordagem Sobre os Benefícios não Programáticos .....	59
3.2.1 Aposentadoria por Invalidez .....	61
3.2.2 Auxílio-Doença .....	64
3.2.3 Auxílio-Acidente.....	65
<b>4. MEIOS DE EFETIVAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DO PODER PÚBLICO NO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>67</b>
4.1 Possibilidades de Atuação Judicial .....	67
4.1.1 Limites de Atuação .....	68
4.1.2 Repercussão Jurídica da Omissão do Estado na Prestação da Saúde.....	70
4.1.2.1 A Burocratização da Efetivação do Direito à Saúde via Benefício Previdenciário .....	72
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>76</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Antes de explorar o objeto central do estudo, é importante compreendermos o que são os Direitos Sociais. Na verdade, são os direitos de "segunda geração" (também denominada de "dimensão") da consagração e da condecoração dos direitos fundamentais, que neste estudo o foco será no direito social à saúde.

Como consequência dos direitos fundamentais, considera-se o direito social inarredável e positivado, uma vez que são implantadas às condutas humanas uma série de regras que irão vigorar e disciplinar o convívio em sociedade.

Nesse jaez, serão abordadas situações corriqueiras do dia a dia no tocante à saúde pública e estruturação do Estado, violação de garantias e direitos sob argumentos que ferem a Constituição Federal.

É notório que existe tamanha indignação pela sociedade no que tange à concessão dos benefícios previdenciários por incapacidade e a prestação da saúde pública (cirurgias, entrega de medicamentos, suplementos, e suporte clínico). Em análise ampla percebemos que o acesso à saúde e a justiça encontram-se cada vez mais distantes, impossibilitando aqueles de baixa renda, que conseqüentemente não possuem instrução, de exigir e reivindicar seus direitos perante os órgãos estatais.

Ocorre que, muitas vezes vencidos pelo cansaço e pela demora deparam-se com o descaso das autoridades e autarquias do Estado, que por obrigação e cumprimento a função deveriam intermediar as relações de necessidade dos cidadãos, e não burocratizar e impossibilitá-los de garantir seus direitos constitucionais.

Cumprе salientar ainda que há negativas administrativas conflitando com pareceres de especialistas, rompendo a ligação que existe de prova inequívoca e verossimilhança das alegações, sem levar em consideração o perigo da demora que acomete a cada cidadão/segurado, dando ênfase nos casos de saúde em que o segurado já está em nível agravado da doença, dependendo de uma tutela ágil.

O presente trabalho operou-se do método dialético e dedutivo. Versando sobre revisão dos direitos humanos fundamentais sob a ótica Constitucional e Internacional, desde seus primórdios históricos, e estabeleceu como

premissa a efetivação e garantia realizada pelo Estado sendo manifestação clara do direito em si. Do raciocínio dedutivo, conclui-se, que, conforme previsão legal e doutrinária deve haver a real prestação do Estado no que tange garantir o mínimo existencial, e as condições mínimas para uma vida digna, sendo o responsável direto neste dever.

## 2. DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Considerações Gerais: Previsão Constitucional, Internacional e Eficácia.

No que tange aos direitos fundamentais, devemos analisar primeiramente um pressuposto que caminha lado a lado com este instituto, que são as garantias fundamentais.

Segundo o diplomata e jurista Ruy Barbosa de Oliveira “o direito é uma norma de conteúdo declaratório, e a garantia é uma norma de conteúdo assecuratório”; à vista disso, teremos então uma que irá declarar a existência de um interesse ou vantagem, e outra que servirá para garantir este direito que fora declarado, servindo de complemento uma da outra.

Pela riqueza de conteúdo, vale a menção sobre a diferenciação feita por este mestre:

Não se encontrará, na Constituição, parte, ou clausula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionais’. Mas a acepção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. (BARBOSA, 1934, p. 181 apud SCHAFFER, 2001, p. 45).

Além de conceituar e demonstrar a diferença, argumenta, ainda, que “desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, a adultera o sentido natural das palavras”, uma vez que o Direito é considerado uma opção “reconhecida, natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos atos”, enquanto a garantia seria “requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil”. (BARBOSA, 1962, p. 130 apud SCHAFFER, 2001, p. 46).

A previsão dessas garantias, além de constitucionais, se tornaram “*cláusulas pétreas*”, elevando-as de categoria, e determinando uma imunidade em relação ao instrumento de proteção aos direitos.

A Constituição prevê em seu artigo 60, §4º, inciso IV, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda propensa a abolir os direitos e

garantias individuais, que, conforme entendimento do autor Jairo Gilberto Schafer (2001, p.49), acabou “criando expressamente um núcleo constitucional intangível pelo Constituinte Revisor”.

Quanto à previsão das leis e normas, encontraremos primeiramente aquela no qual dispõe sobre todos os nossos direitos fundamentais, considerada como o conjunto de normas e leis mais importantes de nosso ordenamento jurídico, e que hierarquicamente encontra-se no topo, que é a Constituição Federal. Nela estão classificados e abordados de maneira específica a importância de cada direito determinado, e os meios assecuratórios que caminham junto a elas, a fim de tornar real o direito exposto.

Tratando-se de Constituição rígida, na qual se realiza o controle judicial de constitucionalidade das leis, tal poder é garantido referenciando a ela uma estabilidade superior, decorrente de seu processo de revisão especial e diferente das demais. Nota-se que há uma hierarquia entre as normas, e que a Constituição está no topo, estendendo todo seu conteúdo para as normas inferiores do ordenamento.

Conforme o rico ensinamento de Paulo Bonavides, a consequência desse fato é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que transforma a Constituição na lei das leis, a mais alta expressão jurídica da nação. (BONAVIDES, 1997, p. 267).

Além desta superioridade legal, outra importante forma de garantia que possuímos em nosso ordenamento jurídico é a divisão dos poderes, considerada por alguns autores uma das maiores garantias dos direitos fundamentais. Vejamos uma breve explanação sobre o assunto:

A autonomia do Poder Judiciário, mantendo-o longe de ingerências dos demais poderes, é imperativo em uma sociedade democrática, que pauta suas condutas pelos preceitos constitucionais. Aos juízes, órgãos do Poder Judiciário, devem ser atribuídas garantias, as quais tenham por destinatário em última instância a própria sociedade, que possibilitem o seguro e imparcial exercício da jurisdição. (SCHAFER, 2001, p.48).

Sustenta-se, portanto, a técnica de encerrar uma questão sociopolítica que irá consubstanciar os preceitos constitucionais, com a finalidade lógica de efetivar o controle estatal, possibilitando aos entes e membros do Poder Público o pleno exercício de suas atribuições.

A título de exemplo, seguem alguns dispositivos em nossa Constituição Federal que visa proteger e garantir os direitos fundamentais: em um primeiro momento, os dispostos no artigo 5º e incisos, que são todos os Direitos Individuais e Coletivos. Logo depois, temos os Direitos Sociais previstos do artigo 6º ao 11º, e o Direito de Nacionalidade descrito no artigo 12º. Ao final temos os Direitos Políticos que se resumem, sobretudo, no direito de votar e ser votado, que estão nos artigos 14º e 15º, da Constituição Federal.

Ocorreu em nosso ordenamento jurídico uma implantação considerável de direitos que regem a vida digna de um cidadão, considerada por todos profícuos e necessários, uma vez que explana com grandeza os aspectos da vida civil e política.

Na visão do Professor e Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, a importância dos Tratados Internacionais no Brasil se deu na inserção de "uma nova tendência de Constituições latino-americanas, fornecendo um tratamento especial ou diferenciado também no plano interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados".

Ainda, em relação à adesão, a maior parte da doutrina no país é adepta a teoria monista, que estabelece não haver diferença entre a ordem internacional e a ordem interna, ou seja, na mesma ordem jurídica existem ambas as ordens, internacional e interna, portanto, há somente uma única ordem jurídica.

Ocorre que, o STF já se pronunciou no sentido de que adota a teoria dualista moderada, uma vez que os tratados no momento de serem incorporados ao direito interno, não necessitam de lei em sentido formal, bastando um simples decreto presidencial.

Neste sentido, veja-se o seguinte julgado:

"Mercosul - Carta rogatória passiva - Denegação de exequatur - Protocolo de medidas cautelares (Ouro Preto/MG) - Inaplicabilidade, por razões de ordem circunstancial - Ato internacional cujo ciclo de incorporação, ao direito interno do Brasil, ainda não se achava concluído à data da decisão denegatória do exequatur, proferida pelo presidente do Supremo Tribunal Federal - relações entre o direito internacional, o direito comunitário e o direito nacional do Brasil - Princípios do efeito direto e da aplicabilidade imediata - Ausência de sua previsão no sistema constitucional brasileiro - Inexistência de cláusula geral de recepção plena e automática de atos internacionais, mesmo daqueles fundados em tratados de integração - Recurso de agravo improvido. A recepção dos tratados ou convenções internacionais em geral e dos acordos celebrados no âmbito do Mercosul

está sujeita à disciplina fixada na Constituição da República" (CR 8279 AgR/AT-Argentina, Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 17/06/1998, Publicação: DJ Data-10-08-00).

Menciona-se, ainda, que os direitos, quando criados, sofreram impactos da esfera religiosa. Em outras palavras, acreditava-se que os direitos previstos nas declarações que versavam sobre Direitos Humanos se tratavam de Direitos Naturais que eram apregoados por Deus.

A Declaração Universal de Direitos do Homem (1.948), em seu artigo 1º, elucida claramente esse pensamento, vejamos: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".

A partir desse pensamento começaram a edificar os direitos do homem, engrandecendo o aspecto de fraternidade um para o outro, e o zelo com a dignidade de todos, reconhecendo que sem essas condições básicas asseguradas, a vida humana não teria tanto progresso.

Conforme dito anteriormente, existe a previsão sobre os direitos e garantias fundamentais nos Tratados Internacionais, nos quais o Brasil faz parte e que possuem plena eficácia em nosso território. Ressaltando, ainda, que a aceitação das normas internacionais em nosso país são indiscutivelmente pacíficas, pois agrega valores e princípios às nossas leis.

Impende considerar, ainda, que em dezembro de 2.004 foi criada a Emenda Constitucional nº 45 que concebeu a Reforma do Poder Judiciário, incluindo o parágrafo 3º no artigo 5º, e teve um significado na história dos tratados internacionais por possuírem força de lei ordinária. Quanto aos meios de entranhar ao ordenamento jurídico brasileiro, analisaremos as duas hipóteses existentes:

a) Quando versar sobre direitos humanos e for aprovado pelo Congresso Nacional com procedimento da emenda constitucional: terá a aprovação pelos dois turnos, pelas duas casas do Congresso Nacional (Senado e Câmara dos Deputados), e pelo quórum de 3/5 dos votos dos respectivos membros. Em sendo assim ingressará no ordenamento brasileiro com força de emenda constitucional, ou seja, passam a ser norma constitucional. (Artigo 5º, inciso LXXVIII, §3º da EC 45)

b) Quando versar sobre direitos humanos, mas não for aprovado pelo procedimento especial da emenda constitucional: como nos casos dos tratados anteriores à EC/45, com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal, será

estabelecido que sua hierarquia seja supralegal e infraconstitucional, ou seja, estará acima da lei e abaixo da constituição federal.

Neste diapasão, salienta-se a menção quanto às características dos Direitos Fundamentais, que traz em seus atributos a seguinte forma:

a) Universalidade: significa que os direitos fundamentais são de todos, pertencem a todos de forma igualitária, aos homens, mulheres, ricos, pobres, não importando a raça, origem, nacionalidade, desse modo são universais. Na Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, em seu parágrafo 5, diz claramente não haver distinção entre os sujeitos ativos do direito.

Foi, porém, sobreposto por Gilmar Ferreira Mendes que:

não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida – mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo. (2008, p.240)

Esclarecendo, portanto, que não são todos os direitos titulados como fundamentais que possuem tal característica.

b) Indivisibilidade: são indivisíveis no tocante a sua interpretação, estes não podem ser analisados separadamente, isolada. Deve-se atentar sempre com o cumprimento de todas as características, de maneira simultânea.

c) Interdependência: novamente, ressalta a visão conjunta de todos os direitos, mesmo cada um possuindo sua peculiaridade, sua junção atingirá o mesmo objetivo.

d) Inter-relacionaridade: possuem abrangência regional e mundial, em decorrência da evolução internacional dos direitos fundamentais, possibilitando as partes optar por qual área de atuação irá desejar que seu direito fosse tutelado.

e) Imprescritibilidade: não termina com o tempo, eles são adquiridos e não prescrevem, podendo haver sempre a incitação ao seu exercício, não ocorre o desaparecimento do direito pelo decurso do lapso temporal. Porém, não diz respeito a norma absoluta, pois não atinge alguns direitos.

f) Inalienabilidade: não tem cunho patrimonial, são indisponíveis para qualquer negócio jurídico ou comercial. Também não atinge os direitos em sua

totalidade, o critério utilizado é a permanência da integralidade da essência do homem.

g) Historicidade: os direitos foram nascendo e evoluindo com o passar da história, começou pelo Cristianismo, percorreu por inúmeras revoluções, assentando-se nos dias de hoje, que temos novas necessidades comparadas às gerações antigas. Isso contribui gradativamente com o nascimento dos direitos fundamentais.

Para Gilmar Mendes:

A ilustração de interesse prático acerca do aspecto da historicidade dos direitos fundamentais é dada pela evolução que se observa no direito a não receber pena de caráter perpétuo. Tanto a Constituição atual quanto a anterior estabeleceu vedação à pena de caráter perpétuo. Esse direito, que antes de 1988 se circunscrevia à esfera das reprimendas penais, passou a ser também aplicável a outras espécies de sanções. Em fins de 1988, o STF, confirmando acórdão do STJ, estendeu a garantia ao âmbito das sanções administrativas. A confirmar o caráter histórico-evolutivo – e, portanto, não necessariamente uniforme – da proteção aos direitos fundamentais, nota-se, às vezes, descompasso na compreensão de um mesmo direito diante de casos concretos diversos. Assim, não obstante o entendimento do STF acima mencionado, a Corte durante bom tempo continuou a admitir a extradição para o cumprimento de penas de caráter perpétuo, jurisprudência somente revista em 2004. (2008. p.242)

Portanto, os direitos possuem carga histórica vasta, mantendo sempre a ligação entre as normas, transferindo-as de constituição para constituição.

h) Irrenunciabilidade: o titular do direito fundamental não poderá renunciá-lo, uma vez que atingirá toda a sociedade, mesmo se tratando de direito individual.

i) Concorrência: os direitos poderão ser utilizados concorrente e simultaneamente, ao mesmo tempo.

j) Relatividade ou limitabilidade: eles não são absolutos, significa que sempre haverá exceções aos direitos fundamentais, por mais importantes que eles sejam.

k) Vedação ao retrocesso: chamado de limitação metajurídica, ou seja, uma vez estabelecido o direito este não poderá ser objeto de retrocesso, bem como impede que seja revogado.

Diversos autores e juristas mantêm um posicionamento referente a esta característica, como Joaquim Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Flávia

Piovesan, entre outros. Outrossim, destaca-se o explanado por Luís Roberto Barroso:

Apesar de o princípio do não-retrocesso social não estar explícito, assim como o direito de resistência e o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), tem plena aplicabilidade, uma vez que é decorrente do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. (2001. p.158)

l) Efetividade: segundo relatos do doutrinador Bernardo Fernandes Gonçalves, observamos que:

Em termos teóricos temos que o Poder Público em suas ações deve sempre se voltar para o cumprimento dos direitos fundamentais. Todavia, aqui cabe pontuar que uma vez assumindo uma ou outra teoria sobre os direitos fundamentais, as consequências práticas serão radicalmente opostas: na perspectiva liberal, por serem os direitos fundamentais direitos subjetivos de todos os indivíduos de uma sociedade que se reconhece livre e igual, devem ser efetivados na mesma medida para todos, sem exceção. Além do mais, sua condição de norma pré-estatal não transmite o dever de efetivação ao Poder Público, garantindo-se desde o início, o mesmo catálogo de direitos fundamentais aos seus cidadãos; por outro lado, na perspectiva do comunitarismo, a tese dos direitos fundamentais como ordens de valores, delega ao Poder Público a sua implementação na sociedade, que se pode dar em graus, ou seja, de modo não efetivo para todos, mas sempre buscando um resultado otimizado. (2012, p.252)

Consiste então, no dever do Estado em promover o máximo de efetivação dos direitos humanos fundamentais.

m) Inviolabilidade: não compete às autoridades públicas, ou até mesmo por normas infraconstitucionais, qualquer aspecto relacionado aos direitos fundamentais. O descumprimento desta premissa acarretará em responsabilização penal, administrativa ou civil.

n) Complementaridade: não há hierarquia entre os direitos, todos devem ser analisados em conjunto.

o) Aplicabilidade imediata: esta característica está prevista legalmente no artigo 5º, §1º da Constituição Federal, cabendo aos poderes públicos garantir a imediatividade da aplicação das leis.

p) Constitucionalização: por meio desta foram divididas as nomenclaturas de direitos humanos e direitos fundamentais. Basicamente, é a confirmação de ter o direito garantido e previsto pela Constituição Federal.

Diante disto, é retirado um maior esclarecimento quanto à aplicabilidade e origem dos direitos, levando em consideração a contribuição gradativa e pertinente das circunstâncias atuais de cada época, o direito nesse caso é flexível, e se adapta na proporção certa requerida de cada período.

Adentrado ao campo da eficácia dos direitos e garantias fundamentais, notamos que durante o século passado o tema foi muito utilizado como objeto de estudo para alguns juristas renomados, como Pontes de Miranda, José Afonso da Silva, Ruy Barbosa, entre outros, que elaboraram teorias que abrangem diversos fatores importantes, e que demonstraram o quão difícil se tornou a busca pela excelência da norma.

No tocante a ausência de normatividade suficiente, esta, é fundada em não possuir condições de gerar seus principais efeitos de forma imediata, pois dependeria que fosse consubstanciado pelo legislador, costumam-se dizer então que são normas de eficácia plena ou reduzida.

Dentre as hipóteses de eficácia, são mencionadas a título demonstrativo duas possibilidades de compreensão, são elas:

a) Eficácia vertical: um dever do Estado e um direito das pessoas, sobre a compreensão e atuação do ordenamento jurídico. Podem ser subjetivados, tendo em vista que são para todos os que fazem parte da sociedade e não a um sujeito em específico. Nesta modalidade, o Estado não agride aos direitos, mas tem a função de fazê-los serem respeitados pelos particulares, geralmente se utilizando de normas de proibição. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim, uma eficácia irradiante o que se denomina eficácia vertical.

b) Eficácia horizontal: é também chamada de "eficácia privada" ou de "eficácia em relação a terceiros", pois analisa o cumprimento dos direitos fundamentais nas relações particulares. Evidente que o efeito dos direitos fundamentais é diverso e também menos enérgico do que aquele verificado nas relações com o Poder Público.

Quanto à abrangência da norma é considerável analisar os entendimentos que há sobre sua aplicabilidade, se essas seriam restritas aos direitos individuais e coletivos, ou também englobariam os direitos situados fora do catálogo da Constituição.

Ainda, como bem certifica o autor Ingo Wolfgang Sarlet:

Se, todavia optarmos por não nos contentar com a argumentação embasada numa interpretação cingida à letra do texto constitucional, verificaremos que também uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados. Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, §1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentabilidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável. (SARLET, 2012, p.262)

Logo, é possível compreender que, a eficácia se interpretada no sentido sistemático, é cabível também a todos os direitos elencados no catálogo da Constituição (5º ao 17º), e de forma imediata.

Portanto, há embasamentos suficientes para sustentar que, conforme vem ocorrendo na doutrina, a aplicabilidade imediata ocorre em todos os direitos do art. 5º §1º da nossa Lei Fundamental, bem como nos artigos constantes no catálogo, inclusive nos Tratados Internacionais, reforçando o pensamento de expansão da aplicabilidade em sentido sistemático.

Outra parte da doutrina entende que deve ser analisado de maneira restrita, no qual não haveria flexibilidade alguma na abrangência da lei. Neste sentido, cabe ressaltar mais uma vez o posicionamento do autor:

Neste texto, verificar-se-á que até mesmo os defensores mais ardorosos de uma interpretação restritiva da norma reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento do direitos fundamentais, impedindo que os “permaneçam letra morta no texto da Constituição”, de tal sorte que podemos considerar tal constatação como um dos esteios de nossa construção. (SARLET, 2012, p. 264)

De qualquer modo, verifica-se que mesmo com divergências de opiniões doutrinárias, ainda prevalece a importância que o direito carrega, uma vez que há insistentemente a tentativa de não permitir que estes sejam retidos ou inutilizados por mera compreensão restritiva da lei.

Conclui-se, portanto, que os direitos humanos fundamentais são direitos cingidos por norma assecuratória, que vai muito além de garantir uma vida digna ao cidadão, ele contribui diretamente para o crescimento da espécie humana, apregoando um comportamento evolutivo, com perspectivas e ampliação na qualidade de vida. Além da sua aplicabilidade expansiva, favorecendo àqueles que deles usufruirão.

## 2.2 Perspectiva da Evolução Histórica

Não há de se pairar questionamentos em relação aos direitos humanos serem dotados de inatacável e incontestável importância, de modo que eles são base para todos os ordenamentos jurídicos, e servem como requisito essencial para se qualificar, realmente, um Estado como democrático.

Como já restou explanado pelo Supremo Tribunal Federal, em diversas vezes, no Estado de Direito democrático “devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos”. Essa definição é usada como umas das justificativas para a criação da Teoria Geral dos Direitos Humanos.

Neste sentido, será vislumbrada a perspectiva histórica, partindo-se da premissa de que não são pontos iguais, embora conectados, e serão abordados os marcos mais citados, brevemente sobre os pensamentos mais significativos e documentos mais relevantes.

Sobre este tema, valiosa a colocação do mestre Ingo Wolfgang Sarlet, que demonstra de forma bem colocada os valores iniciais desses direitos:

De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. (2012, p. 38).

E mais:

Salienta-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para cristãos, perante Deus). (2012, p. 38).

Importante trazer à baila as seguintes considerações tecidas por Ingo Wolfgang Sarlet.

A partir do século XVI eram consideradas influências para os direitos fundamentais, as chamadas doutrinas jusnaturalistas. Logo após, já na idade média, começaram a pensar em limitação de poder e de que forma ele seria exercido.

Desde então, surgiram diversos pensamentos relevantes, um deles seria o de Santo Tomás de Aquino, que revolucionariamente com sua visão cristã de enorme cunho moral, incorporou-se à tradição doutrinária, influenciando inclusive renomados humanistas da época, como o italiano Pico Della Mirandola, que apregoava a ideia de que “a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalterável e incondicionado”.

Ademais, em meados dos séculos XVII e XVIII começou a ocorrer a laicização do direito, ou seja, passou os direitos naturais ter uma menor influência da religião, configurando o auge do iluminismo.

Ressalta-se que neste período (século XVII) adquiriu-se significativa relevância a concepção contratualista e a ideia dos direitos, não se limitando ao plano teórico, mas também ao plano prático, como por exemplo a assinatura por monarcas em diferentes Cartas de Direitos.

Realizando uma breve análise referente aos marcos mais citados, em relação a evolução dos Direitos Humanos, está em destaque três dos fundamentais momentos, quais sejam: o Iluminismo, a Revolução Francesa e o término da Segunda Guerra Mundial.

O Iluminismo ocorreu em 1680 e 1780 em toda a Europa, com maior enfoque na França, e representou o auge das transformações culturais no século XVIII, colocando em destaque os valores da burguesia (nobreza e clero), favorecendo o aumento dessa camada social. Para Voltaire, um grande intelectual da época (1694-1778), que realizou muitíssimas críticas em relação a esses privilégios, e acabou influenciando o exílio ocorrido na Inglaterra, e compatibilizando com as ideias de Jonh Locke e Isaac Newton, na luta contra a opressão absolutista reforçando o direito de igualdade e liberdade de expressão.

Importante frisar que, foi o momento em que demonstraram alguns aspectos da vida humana regidos pela razão e pela ciência, no qual deu início ao capitalismo e a sociedade moderna, quebrantando o pensamento anterior que era voltado a religião (criação pela força divina). Além disso, essas ideias influenciaram diretamente as instituições políticas modernas.

A Revolução Francesa foi um movimento político e social que também questionava os privilégios da nobreza e do clero, tal como o poder absoluto do monarca, pois possuía uma enorme influência do iluminismo. Nesta época, a França

enfrentava uma grave crise econômica, com trabalhadores pagando excessiva taxa tributária, e as indústrias funcionando de forma artesanal, juntamente com o comércio que também enfrentava dificuldades. Foi neste momento também, que se aboliu os serviços feudais, declarando alguns princípios universais, sendo “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. Desde então, iniciou a fase da idade contemporânea, aquela que efetivou a aplicação do iluminismo e rescindiu o poder dos reis absolutistas.

Por último, e que merece destaque, é o término da Segunda Guerra Mundial, em 1945. Este período instaurou uma nova lógica para a humanidade, exaltando a importância do indivíduo como um dos novos sujeitos do Direito Internacional. Logo, fora materializado pelo sistema global de proteção aos direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), e posteriormente complementado pelos sistemas regionais, quais sejam o da Europa, América e África.

Em consequência disso, lançaremos ao estudo dos pensamentos mais significativos e documentos mais relevantes neste período. Decorridos o jusnaturalismo e o positivismo, apossou lugar o pós-positivismo, que foi a designação genérica e provisória do ideário difuso, que se incluem a elucidação das relações entre valores, aspectos da hermenêutica, dos princípios e regras, e sobre a teoria dos direitos fundamentais.

Em relação aos documentos, o rol não é taxativo, e sua estrutura considera-se papel de realce para a consolidação de direitos básicos, garantidores de um mínimo existencial, que são eles: a Magna Carta de 1215, o Habeas Corpus Act data de 1679, a Declaração de Direitos de 1689, ou Bill of Rights. Todos exaltam uma regra conhecida como “Rule of Law”, que está disposto sobre a necessidade de todos se sujeitarem ao Direito (Estado de Direito), inclusive àqueles que são detentores do poder.

Salienta-se que, além desses já expostos, outros foram considerados fontes importantes para os Direitos Humanos, quais sejam:

- **Declaração de Virgínia**, 12 de janeiro de 1776; direito de igualdade, o poder emanado do povo, a separação de poderes, assegurado o direito de defesa, o direito à felicidade, limitação do poder, o direito geral ao sufrágio e o direito à propriedade. Conforme expõe de forma sucinta, temos uma definição do que seria esta declaração:

A Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. Os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do parlamento. As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem. (SILVA, 2008, p.154)

E mais, desta declaração é de extrema importância abordar o seguinte trecho:

Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens os governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para-lhe realizar a segurança e a felicidade. (SILVA, 2008, p.154-155)

Basicamente se resume na luta que houve para os Estados Unidos da América conquistar a independência, inclusive, tal declaração contribuiu para a criação de outras;

- **Declaração Norte-Americana:** Em 17 de setembro de 1787 foi aprovada pela Convenção da Filadélfia a Constituição dos EUA, mas que ainda não possuía declaração de Direitos Fundamentais. Para isso foi criada esta declaração, que precisava para sua ratificação a aprovação de nove dos treze Estados da América. José Afonso da Silva (2008, p.155) explica que “tais Estados soberanos se uniram num Estado Federal, passando a serem simples Estados-membros deste”.

No entanto, alguns destes Estados optaram por concordar somente se implantassem uma *Carta de Direitos*, a fim de assegurar os direitos fundamentais. Em razão disto, foram criadas as dez primeiras Emendas, feitas por Thomas Jefferson e James Madison, na qual foram aprovadas em 1791.

- **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,** ocorreu no ano de 1789 e foi proclamada na França - mesmo alguns defendendo que fora somente um empréstimo idêntico das declarações americanas - caracterizada como a mais famosa de todas as Declarações, aqui os direitos possuem influência do direito

natural e das Declarações já existentes, sendo classificados como universais. Configura, portanto, uma obra que relata o pensamento político social e moral, de filósofos renomados da época, durante todo o século XVIII;

- **Constituição Francesa, de 1848**, fundamental para a futura consagração dos direitos econômicos e sociais (segunda geração) nas Leis Fundamentais dos demais países;

- **Constituição do México de 1917**, a mais recente, constitucionalizou de forma expressa sendo a primeira a incluir os direitos econômicos, sociais e culturais, e exaltou a função social da propriedade;

- **Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado**, sucedido no ano de 1918, estabelecendo a igualdade do homem, retirando-o do campo abstrato, e o vinculando a realidade da vida.

No tocante a esse acontecimento, temos a seguinte análise:

De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe, de condições *materiais* para exercê-las. Sintetiza bem a questão Juan Ferrando Badía, quando escreve: “A burguesia liberal aparenta conceder a todos a liberdade de imprensa, a liberdade de associação, os direitos políticos, as possibilidades de oposição política: mas, de fato, tais direitos e liberdades não podem ser exercidos realmente senão pelos capitalistas, que são os que têm os meios econômicos indispensáveis para que tais liberdades sejam reais. E assim, no caso do direito do sufrágio, este serve para camuflar diante dos olhos dos proletários uma *papeleta de voto*, mas a propaganda eleitoral se encontra nas mãos das forças do dinheiro. Simula-se conceder-lhes o direito de formar sindicatos e partidos políticos, mas as oligarquias capitalistas conservam, direta ou indiretamente, o controle”. (SILVA, José Afonso, 2008, p.159).

Insta salientar, que, conforme disposto em seu capítulo segundo, a missão é abolir a exploração do homem pelo próprio homem, acabando por completo com a divisão da sociedade em classes, esmagando de modo implacável a resistência dos exploradores, e estabelecendo a organização socialista para alcançar o objetivo do em todos os países;

- **Constituição alemã de Weimar**, de 1919; Fruto da Primeira Guerra Mundial, e serviu para declarar a Alemanha como uma república democrática parlamentar, não abolindo formalmente o império Alemão, mas criou apenas uma nova feição, na qual seria liberal e democrática;

- **Tratado de Versailles**, de 1919; Trata-se de um tratado de paz assinado por alguns Estados Europeus, no momento em que deu fim a Primeira Guerra Mundial, levando em seu conteúdo algumas imposições para a Alemanha, uma vez que essa deveria assumir todas as responsabilidades provenientes a guerra. Neste período foram criadas a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho – OIT;

- **Carta da ONU**, de 1945 (Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945), e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948;

Após o conhecimento dos direitos humanos, estes foram objetos de modificação de titularidade e conteúdo por diversas vezes, uma verdadeira mutação histórica. Isto deu origem às chamadas “dimensões” dos direitos humanos, que são três:

Primeira dimensão são aqueles individuais e tradicionais que delimitam a liberdade, sendo os primeiros direitos conquistados pela humanidade, além, de limitar o exercício de poder do Estado. Nesta época que se iniciaram as revoluções pela busca de melhores condições. Foram os primeiros previstos constitucionalmente, e representaram um meio de defesa perante o abuso de poder do Estado. Exemplo: direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, entre outros.

Segunda dimensão veio com objetivo de normalizar alguns direitos que perderam suas características ao se utilizarem da liberdade sem a dosagem certa de intervenção do Estado. A liberdade adquirida se propagou de forma negativa, uma vez que fora extinta a igualdade nas relações particulares. Portanto, na segunda geração foram criados direitos a fim de proporcionar a igualdade de todos perante a lei, inclusive com a ação do Estado de forma positiva. Exemplo: direito à saúde, a previdência social, a alimentação, a moradia, a educação, e a segurança pública.

Terceira dimensão vislumbrou neste momento histórico a fraternidade, os direitos sendo usufruídos por toda a sociedade sem qualquer distinção de detentores, também chamado de direitos transindividuais, coletivos. Exemplo: direito à paz, ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, ao desenvolvimento, dos consumidores, e ao patrimônio comum da humanidade.

Conclui-se, portanto, que, o presente estudo nos leva ao raciocínio de que os direitos estão em constante processo de enriquecimento e mudança,

atrelados sempre à harmonização das garantias, deixando o homem no centro, como base e inspiração de melhorias.

### 2.3 Dos Direitos Sociais

Temos que os direitos sociais foram conquistados pela sociedade brasileira ao longo do tempo, principalmente pela evolução das dimensões/gerações de direito, consagrando-se na 2.<sup>a</sup> dimensão/geração de direitos, definindo e colocando como direitos prestacionais, positivos do Estado para o ser humano.

Ao serem definidos como direitos positivos podem ser requeridos e exigidos pelos brasileiros não somente em âmbito administrativo, mas também jurisdicional, pois, ao serem consagrados na nossa Magna Carta impõem um dever para o Estado.

Assim consagra o art. 6.<sup>o</sup> da Constituição da República de 1.988, “in verbis”:

Art 6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, **a previdência social**, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Constata-se que, além de um direito social, estamos tratando de um direito fundamental a sobrevivência humana, não só da geração presente, mas também na futura, vinculando diretamente o Estado para que possa garantir e efetivar tais direitos.

No mesmo sentido, conceitua o autor José Afonso da Silva sobre o que são os direitos sociais, bem como a sua função perante a sociedade:

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em **normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos**, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2008, p.286-287).

Tal posicionamento esclarece a importância de se obter um direito bem tutelado, possibilitando condições dignas de subsistência, ao menos a sensação mínima de igualdade real, oferecendo condições materiais para isso.

Outro fator histórico, de extrema importância para a criação dos direitos sociais, foi a Revolução Industrial, no qual contribuiu para o avanço da tecnologia, consolidação do capitalismo, e surgimento de diversos direitos para os cidadãos.

Sua maior influência foi o fato que, trabalhadores que exerciam mão-de-obra em diversas áreas começaram a ser substituídos por máquinas, tendo em vista que proporcionava aos contratantes um maior rendimento e porcentagem de lucro, mesmo sem perder a qualidade dos resultados, se fazendo então dispensável a presença do trabalhador.

Assim, por óbvio começou a se destacar uma demanda enorme de desemprego, que resultou em uma classe de proletariado vivendo na linha da miséria, enquanto do outro lado havia uma classe extremamente beneficiada com as mudanças da Revolução.

Como consequência disto, houve uma significativa mudança na desigualdade social, deixando-a cada vez mais perceptível e clara. Gerou para o Estado um grande ônus, ao notar que seria necessária a elaboração de providências com a finalidade de minimizar essas diferenças de condições.

Para contornar esse problema na sociedade, a penúria, o Estado precisou estabelecer e proporcionar o mínimo de proteção aos trabalhadores, garantindo que eles tivessem condições de integrar o sistema. A garantia da seguridade social seria conquistada posteriormente.

Importante mencionar que, de fato, o direito social está intimamente ligado ao século XX, em razão dos reflexos do marxismo e do socialismo. Foram pensamentos que idealizaram movimentos sociais no mundo ocidental, criando-se um quadro no qual havia milhares de trabalhadores reivindicando por seus direitos, e sobre a divisão do trabalho e do capital, também conhecido como “movimento operário”.

O Estado atendeu aos protestos fornecendo a sociedade proteção digna de seus direitos. Além disso, houve também o movimento do mutualismo, que embora seja tão resistente quanto o sindicalismo, foi de extrema importância para que o poder público admitisse uma posição mais presente no que diz respeito à concessão de Direitos Sociais.

Os direitos sociais do século XX basicamente são os mesmos pleiteados até os dias de hoje, decorrem da necessidade do fornecimento de serviços, atendimento, contribuição, ações positivas em geral que o Estado tem como dever em prestá-los, ou seja, visa a proporção de uma vida com qualidade. Estes exercícios deverão garantir os direitos dos hipossuficientes, visto que estes se encontram em situação de carência frente a estes interesses, com respaldo ao princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Nota-se tamanha importância acerca dos direitos sociais, pois há previsão constitucional no Título II artigo 6º, caput, no qual aludem quais sejam estes direitos, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

O vocábulo constitucional “Direitos e Garantias Fundamentais” relata os privilégios e faculdades fundamentais do cidadão, no que tange a relação para com o Estado.

Frisa-se que a própria constituição elenca a previdência social como um direito intrínseco aos cidadãos, portanto o Estado deve utilizar-se de todos os meios e instrumentos cabíveis para efetivação de providências assecuratórias e necessárias.

Considerando a relevância dos direitos sociais e sua efetivação, logo se faz necessário uma uniformização de cumprimento perante esses casos que demandam uma maior celeridade e urgência, como nos casos de saúde. Estes direitos não devem ser tratados como faculdade legal, mas sim como uma imposição, por força legal obrigacional.

Com isso, possibilitará àqueles desprovidos de recursos que sejam consolidados seus direitos, como dispõe a Constituição em seu Título II, mais precisamente no artigo 5º, caput, que assegura a todos sem distinção de qualquer natureza, o amparo e a proteção do indivíduo.

### **2.3.1 Direitos sociais relativos à Seguridade Social**

Em segmento do raciocínio anterior, agora passaremos a abordar o que tange aos direitos sociais do *homem como consumidor*, tendo ainda como base o Art. 6º da Constituição Federal.

O sistema de seguridade social surgiu para que fossem preenchidas as lacunas da previdência social, no qual para ser *segurado da* previdência bastava contribuir junto ao seguro social, uma vez que versa de um sistema contributivo.

Existe, portanto, a conceituação sobre o sistema funcional da seguridade social, qual seja:

Instrumento mais eficiente da liberação das necessidades sociais, para garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população, devendo repousar nos seguintes princípios básicos, enunciados por José Manuel Almansa Pastor: (a) *universalidade subjetiva* (não só para trabalhadores e seus dependentes, mas para todos indistintamente); (b) *universalidade objetiva* (não só reparadora, mas preventiva do surgimento da necessidade; protetora em qualquer circunstância); (c) *igualdade protetora* (prestação idêntica em função das mesmas necessidades; não distinta como na previdência em função da quantidade da contribuição); (d) *unidade de gestão* (só é administrada e outorgada pelo Estado); (e) solidariedade financeira (os meios financeiros procedem de contribuições gerais, não de contribuições específicas dos segurados)". (SILVA, 2008, p.308).

Com a criação da previdência social, buscou uma maior aproximação do Estado frente à sociedade, exercendo de forma federal a aplicação de alguns direitos e garantias fundamentais. Como a própria constituição expõe (art. 194), a previdência é um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Para manter esse sistema, o Estado criou um método de financiamento social, que é o contributivo, previsto no art. 195: “*A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”, também da Constituição Federal. Portanto, todo cidadão/trabalhador tem garantido constitucionalmente o direito à previdência social.

## **2.4 Direito à Vida**

Devidamente prevista a “inviolabilidade do direito à vida” o artigo 5º, caput, da Constituição Federal, sendo composto por elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais), e considerado dentre todos os direitos humanos como sendo o mais sagrado. Para José Afonso da Silva (2008, p. 197) “não é só

considerado como incessante à auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva”, ou seja, é difícil a compreensão de tamanha riqueza, uma vez que é enérgica sua transformação, resguardando, porém, a exatidão original.

Segundo suas palavras, a vida é definida de forma pragmática como objeto de direito:

É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (SILVA, 2008, p. 197).

Seu conteúdo abrange duas vertentes muito bem colocadas, delas pode-se notar em breve análise que, é o simples direito de se manter existente, e o direito a um adequado nível de vida.

Constitui interpretação de direito primário e fonte para criação de bens jurídicos, já que a vida (SILVA, 2008, p. 198) “é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo”.

No dizer de Jacques Robert (apud SILVA, 2008, p. 198):

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a *fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano.

Além disso, as previsões legais e definições doutrinárias buscam garantir ao indivíduo que ele possa permanecer vivo até a interrupção por uma causa natural, para tanto, se utiliza da segurança pública, na tentativa de evitar que seja feita a justiça privada e estabelecendo punições, bem como o Estado mantendo o respeito e limitando o exercício do poder perante a sociedade.

Destarte a importância da Dignidade da Pessoa Humana, no que diz respeito aos aspectos corriqueiros da vida. Conforme correlaciona o Art. 1º da Constituição Federal, sendo o Princípio fundamental do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

**III - a dignidade da pessoa humana;**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Tal dispositivo faz menção ao princípio base de todos os demais, aquele ponto inicial que irá dar amplitude e vazão as centenas de necessidades para obter dignidade da pessoa humana, portanto, considerado indispensável para qualquer Estado.

Também possui previsão o Tratado Internacional assinado em 22 de novembro de 1969, no qual foi aceito pelo Brasil em 1992, chamado de Pacto de San José da Costa Rica, que veio para consolidar a liberdade pessoal e a justiça social. Teve como base a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que “compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos” (STF, Notícias, 2009).

Em relação à expansão do direito a vida, pode-se mencionar sua importância no que consiste a consagração do **direito de existência**, no qual está diretamente ligado em permanecer vivo, defender a própria vida, criar meios e brigar por eles na busca da proteção da existência. Basicamente, é a garantia de não ser interrompido no processo de concepção (vital) e poder cessar a vida de forma natural e espontânea, uma vez que está previsto em nossa Constituição e Código Penal punições para a prática de interrupções à vida. Em consequência disto, toda ação que favorecer a defesa da vida, será considerada legítima.

Na mesma celeuma, destaca-se a obrigação do Estado em garantir o mínimo existencial na vida dos cidadãos, possibilitando que estes exerçam a manutenção da vida de forma digna, tendo em vista a garantia constitucional deste direito que deve ser tutelado de forma efetiva.

No mesmo sentido, temos o **direito à integridade física**, no qual toda agressão ao corpo humano é considerada agressão à vida, por isso é um direito fundamental correlacionado ao bem vital. Existente, também, para a prática que atente contra a integridade física do homem, uma punição legal prevista em nosso

ordenamento, mas expressamente na Constituição Federal (Art. 5º, XLIX), e no Código Penal.

Em sede de exemplificação desta feita, temos a tortura, que fora abolida desde a Constituição de 1824, em seu Art. 179, XIX. No entanto, mesmo com a vedação legal desta prática, não foi possível extingui-la por completo, já que a eficácia da norma nem sempre atinge a todos os agentes deste delito. Não somente a Constituição em seu Art. 5º inciso III, mas também a Magna Carta preestabeleceu as devidas medidas penais para àqueles que cometessem a tortura.

Por fim, vale ressaltar, que, mesmo a integridade física sendo considerado um direito individual, existe a discussão no tocante a alienação de órgãos, ainda em vida, pois após a morte não se tutela mais o bem jurídico *vida*. A lei só regulamenta a questão em tela para fins de transplante, com a peculiaridade de se tratar de órgãos duplos, parte deles, tecidos ou parte do corpo, cuja extração não implique no organismo do doador e na continuação de sua existência.

Ademais, é preciso que seja fornecido aos cidadãos um nível mínimo de qualidade de vida, pareado com a dignidade da pessoa humana, que inclui o direito à alimentação, à moradia, ao vestuário, à saúde, à educação, à cultura e ao lazer, todos previstos constitucionalmente, buscando sempre proporcionar uma vida digna e saudável.

## **2.5 Direito à Saúde**

O direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado, pois este é o responsável pela efetivação de tal premissa, conforme dispõe o artigo 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Realmente é o Estado quem deve estabelecer um sistema destinado a proporcionar o acesso igualitário a todos, bem como as medidas necessárias para a proteção e recuperação da saúde. Sendo assim, a Constituição submeteu-lhe ao título de seguridade social, sendo de responsabilidade da previdência também promover os subsídios para garantir a sociedade o direito à saúde.

Nesse jaez, o tema relaciona-se intimamente ao direito de igualdade, e a dignidade da pessoa humana, que possui o Estado como garantidor, levando-se em consideração o dever de promover todas e quaisquer providências necessárias no tocante ao atendimento dos indivíduos, no intuito de viver e desenvolver-se, sem nenhuma distinção.

No mais, essa prestação do Estado perante o indivíduo, possui uma relevância pública, cabendo ao Poder Público do Estado estabelecer o que regerà quanto a sua regulamentação, controle e fiscalização. Nessa seara, estão elencadas no artigo 200, CF, uma série de atuações que são de responsabilidade do Sistema Único de saúde.

Sobre esta ótica, temos a iniciativa privada como complementar, na qual diferenciou “ações e serviços públicos de saúde” (art. 197 e 198 da CF) de “assistência à saúde” (art.199 d CF). Portanto, mesmo que haja uma obrigatoriedade do Poder Público em relação a saúde, poderá haver casos em que seja prestado o serviço de saúde no âmbito privado.

Em seguimento, André Ramos Tavares (2013, p. 720), discorre sobre a forma complementar da atividade privada de saúde:

[...] teve como preocupação permitir não apenas a abertura ao setor privado, mas, ainda, admitir que as instituições privadas de prestação de saúde possam participar do sistema único estatal, de forma complementar (§ 1º do art. 199 da CF). Para tanto, exige-se a formação de convênio ou contrato, sendo ambos regidos pelo Direito Público, embora a Constituição apenas se refira aos contratos como sendo de Direito Público. Contudo, fica vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

E ainda, é importante colacionar a afirmação feita pelo mesmo autor, referente a vedação constitucional de participação na saúde pública (2013, p. 720-721):

[...] é vedada, constitucionalmente, a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (§ 3º do art. 199 da CF). Certamente que a lei, nessa situação, não poderá conter regra genérica, permitindo a participação direta ou indireta dessas empresas ou capitais sempre. Nessa hipótese, o legislador estaria anulando uma norma constitucional totalmente. A norma, embora restringível pelo legislador, não pode ser por ele nulificado em sua inteireza. É preciso que a lei estabeleça hipóteses para as quais haja justificativa em distingui-las das demais para fins de permitir a participação do capital ou empresas estrangeiras.

Deste modo, no que tange a prestação e assistência à saúde dos indivíduos, analisamos a possibilidade da atuação tanto na esfera pública quanto no particular, todavia, respeitando sempre os limites que impostos constitucionalmente, para tal exercício seja executado regularmente.

Nesta seara, partiremos ao estudo no tocante a natureza jurídica, os princípios que norteiam o direito à saúde, o controle judicial das políticas públicas diante tanta omissão estatal, no campo das políticas por meio do executivo e legislativo, o disposto histórico da saúde, a sua integração no direito brasileiro, a base normativa constitucional e a base de proteção infraconstitucional, todos, inicialmente, na visão da professora de direito constitucional Flavia Bahia.

O direito fundamental à saúde nem sempre foi considerado um direito, a saúde foi comentada durante muitos anos porque esta relacionada à própria força vital, saúde é vida propriamente dita, mas nem sempre recebeu proteção legal. Hipócrates, o pai da medicina, já falava que a saúde estaria relacionada à própria natureza do ser humano, estaria também envolvida no meio ambiente no qual ele trabalha. Já Aristóteles associou saúde com felicidade, então quem não tinha saúde não poderia jamais ser feliz. E Freud não deixou de se referir a saúde, e a falar sobre a saúde associada às mazelas e as enfermidades da alma.

Para o direito, a saúde passou a ser protegida pelos ordenamentos jurídicos legais até o início do século XX, não se falava em saúde como um direito fundamental, até que então, a saúde estava relacionada ao direito a vida protegida pelas declarações iniciais de direitos fundamentais, como a Declaração de Virgínia de 1776, a Declaração Francesa de 1789, mas foi na passagem do Estado liberal para o Estado do bem estar social que começou a se falar sobre a saúde, sobre a perspectiva de ser verdadeiro direito fundamental. Mas em termos universais, termos internacionais, a saúde começou a ser assim tratada após a Segunda Guerra Mundial.

A segunda guerra mundial foi realmente um corte na história, um paradigma indispensável para a valorização dos direitos humanos, aliás, o fim desta guerra a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada valor universal a ser observado por todos os polos, por todos os agentes.

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos já dizia que a saúde dos povos e da população precisaria ser defendida, mas não apenas a saúde propriamente dita, e sim a saúde inserida num contexto relacionado às

condições do meio ambiente, ou seja, a saúde precisa estar associada a uma boa alimentação, a um trabalho decente, a horas de lazer, precisa de uma boa moradia, a previdência, a assistência, portanto, a saúde deve estar sempre relacionada ao ambiente favorável a sua defesa.

A partir de 1.945 a Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe esse paradigma novo em defesa da saúde.

No Brasil, a Constituição Federal de 1.824 não havia nenhuma proteção à saúde, tampouco na de 1.891, as duas constituições do século IX não trouxeram nenhuma base normativa de proteção à saúde. A primeira constituição brasileira a trabalhar com a saúde foi a de 1.934, ela quem trouxe o direito a saúde associada à saúde do trabalhador.

Em 1.937 houve algum avanço na seara da saúde e sua proteção normativa ao se prever a saúde da criança. Em 1.946 a constituição trouxe a saúde com relação à regra de repartição de competência, então havia uma previsão constitucional que dizia que a saúde deveria ser tratada pela união federal. As duas constituições da década de sessenta, editadas em plena ditadura, não avançaram no direito fundamental a saúde e nem trouxeram nenhum avanço em relação às anteriores.

Finalmente, na constituição de 1.988 elencou a saúde como direito fundamental do indivíduo, que é preservada em vários dispositivos diferentes. Nós temos a preservação do direito a saúde no artigo 6º da constituição, determinando ser um direito social e autentico da segunda dimensão.

Além desta, existe a previsão dos artigos 196 aos 200 da constituição federal, que também trazem uma intensa proteção ao direito fundamental da saúde. Portanto, se tratando de direito social, goza da proteção e da exigência do Estado frente às prestações positivas, do qual se depreende:

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

Antes da carta de 88 ser editada houve um movimento sanitarista no país de extrema importância e que foi crucial para a defesa da saúde no texto da nossa atual constituição. Esse movimento fez a oitava conferência nacional na

saúde em 1.986, e nessa conferência nacional saíram muitas propostas importantes, na qual possibilitavam essa visão da saúde num contexto bem amplo relacionando aos demais direitos e garantias que não podem ser desprezados pelo Estado democrático de direito.

Como imposto pelo texto constitucional, é dever do Estado interferir nas relações de saúde dos cidadãos, ou seja, é um direito-dever que está amparado na própria norma do direito fundamental.

Ademais, o disposto no artigo 5º, §1 da Constituição, as normas que versarem sobre garantias constitucionais e fundamentais, será objeto de aplicação imediata. Discorre sobre o acontecimento, restringindo-se a interpretação dos direitos humanos fundamentais, conforme a Constituição, nos termos:

A nova hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude negativa sem a qual, ilusória a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração (BONAVIDES, 2002, p. 594).

Em nossa Constituição, os direitos fundamentais possuem status de cláusula pétrea, em decorrência disto são insusceptíveis de serem alterados ou retirados do ordenamento. Pensando nisso, o constituinte destacou a importância de tais direitos, in casu o direito à saúde, e impôs que jamais houvesse reforma que suprimisse o seu objetivo.

Todavia, para que ocorra a efetivação desses direitos acima correlacionados, é necessária a prestação positiva do Estado. No mais, o artigo 197 da Constituição Federal diz expressamente que há relevância pública os assuntos relacionados a saúde:

Art. 197. [...] 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.

Nesse diapasão, compete ao cidadão exercer o direito de controle desta garantia, para que direcione o sistema de atuação pública a realizar medidas favoráveis ao cumprimento do dever da saúde para todos, inclusive estará forçando a prestação de contas dos recursos públicos, bem como expor sua destinação.

Quanto a este direito de controle da sociedade, afirmam os autores Nicola Matteucci, Franco Garelli e Gianfranco Pasquino, que:

[...] constitucionalismo moderno tem, na promulgação de um texto escrito contendo uma declaração dos Direitos Humanos e de cidadania, um dos seus momentos centrais de desenvolvimento e de conquista, que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder. (1986, p. 353).

O artigo 198 da constituição implementou o Sistema Único de Saúde, conhecido como SUS, que é referência para toda a América latina e também referência no direito comparado. Este sistema de saúde prevê que a saúde vai ser prestada para um sistema regionalizado, hierarquizado, trazendo uma serie de princípios para a sua preservação, tendo em vista a possibilidade da participação da comunidade:

Art. 198. 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.

A previsão desta participação visa à estimulação para invenção de mecanismos adequados a garantir a proteção, o zelo e a positivação dos direitos relativos à saúde. Portanto, a sociedade no geral possui legitimação para atuar neste controle de atos do serviço público.

Ademais, é um dever do Estado em promover e custear a saúde, podendo criar ações integradas aos sistemas no intuito de dar celeridade e a finalidade adequada. Importante lembrar, que, a Constituição estabelece para cada ente federativo um índice mínimo de participação, tendo sua inobservância o caráter punitivo de reprovação de contas daqueles que gerenciam o funcionamento público, realizada por órgãos fiscalizadores.

Salienta-se a edição da Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, que veio regulamentar o § 3º do artigo 198 da Constituição Federal, no qual versa a aplicação dos índices mínimos perante a União, Estados, Distrito Federal e Municípios nas ações públicas de saúde. A menção deste dispositivo elucida também o rateio de verbas voltadas à saúde, além de mencionar os meios de

controle, avaliação fiscalização, entre outros, fixando a competência de todas as esferas dos Estados. É o teor do artigo 1º:

Art. 1º. Esta Lei Complementar institui, nos termos do § 3º do art. 198 da Constituição Federal:

I - o valor mínimo e normas de cálculo do montante mínimo a ser aplicado, anualmente, pela União em ações e serviços públicos de saúde;

II - percentuais mínimos do produto da arrecadação de impostos a serem aplicados anualmente pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios em ações e serviços públicos de saúde;

III - critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados aos seus respectivos Municípios, visando à progressiva redução das disparidades regionais;

IV - normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Em relação à área da saúde, nota-se a importância de verificar as diretrizes impostas a seguir:

Art. 2º. Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:

I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;

II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e

III - sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.

Parágrafo único. Além de atender aos critérios estabelecidos no caput, as despesas com ações e serviços públicos de saúde realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde.

No mais, para apurarmos o mínimo constitucionalmente estabelecido, elencamos o artigo 3º ainda do mesmo dispositivo, no qual abrange os gastos e custos de cunho público, frente à prestação da saúde, vejamos:

Art. 3º. Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;

- II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;
- III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);
- IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;
- V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;
- VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;
- VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;
- VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;
- IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;
- X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;
- XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde;
- XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

E também, o artigo 4º que preceitua as despesas que não poderão ser classificadas como percentuais mínimos:

- Art. 4º. Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de:
- I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;
  - II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área;
  - III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;
  - IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º;
  - V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade;
  - VI - limpeza urbana e remoção de resíduos;
  - VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;
  - VIII - ações de assistência social;
  - IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e
  - X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

No mesmo sentido, é pertinente ressaltar a existência das normas para acompanhar a gestão da saúde, disponibilizando de forma transparente e visível a fiscalização dos órgãos, conforme preceituada no Capítulo IV da Lei Complementar 141/2012. Este capítulo é dividido em quatro seções, que em sua totalidade aborda todos os atos do Poder Público que versam desde a escrituração das contas até a fiscalização delas, passando por todos os procedimentos necessários para o correto fornecer da saúde. Cumpre, ainda, explanar o conteúdo dos artigos 37 e 38, in verbis:

Art. 37. Os órgãos fiscalizadores examinarão, prioritariamente, na prestação de contas de recursos públicos prevista no art. 56 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, o cumprimento do disposto no art. 198 da Constituição Federal e nesta Lei Complementar.

Art. 38. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, do sistema de auditoria do SUS, do órgão de controle interno e do Conselho de Saúde de cada ente da Federação, sem prejuízo do que dispõe esta Lei Complementar, fiscalizará o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que diz respeito:

I - à elaboração e execução do Plano de Saúde Plurianual;

II - ao cumprimento das metas para a saúde estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;

III - à aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, observadas as regras previstas nesta Lei Complementar;

IV - às transferências dos recursos aos Fundos de Saúde;

V - à aplicação dos recursos vinculados ao SUS;

VI - à destinação dos recursos obtidos com a alienação de ativos adquiridos com recursos vinculados à saúde.

Portanto, esta Lei Complementar dá a relevância concisa e necessária para a função do controle, em se tratando de prestação de contas de recursos públicos que são realizados por seus órgãos competentes, como por exemplo, as Cortes de Contas e dos Conselhos de Saúde.

### **2.5.1 - Efetividade e Seu Controle.**

A grande questão na atualidade é no tocante a sua efetividade, nós temos uma constituição garantista como nunca vista na história do país. A Constituição Federal de 1.988 preserva o direito fundamental a saúde em dispositivos expressos e implícitos, até porque a saúde não é apenas um direito fundamental de segunda geração, denominado de social, mas ao analisarmos melhor, verificamos que este direito pertence às três gerações.

Na primeira geração porque a saúde esta relacionada à vida propriamente dita, saúde é vida, e vida é o núcleo essencial de todos os direitos, preservada na 1ª geração dos direitos fundamentais.

Também apresentada como de segunda geração, pois não se presta a saúde com os olhos vendados, é necessária prestações positivas e dependendo arduamente da atuação efetiva do Estado.

E na terceira geração porque os sujeitos não são determinados, não há especificidade do sujeito que herdará o direito ali previsto.

O Brasil adota o direito fundamental a saúde em diversos documentos internacionais, como já demos destaque no artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos, logo, é possível abordar também que no direito comparado por intermédio do “Pacto de Direitos Sociais Econômicos e Culturais” e no “Pacto São José da Costa Rica” que é a convenção americana relacionada à defesa dos direitos humanos, ambos ratificados pelo Brasil no ano de 1.992, que todos os países adeptos à esses tratados e convenções encontram dificuldades quanto a prestação efetiva de seus dispositivos.

A questão da efetividade se relaciona a saúde desde a sua origem, porque os direitos sociais durante boa parte da historia foram considerados declarações meramente políticas, direitos fundamentais que dependeriam da atuação estatal ativa ou passiva, e que por várias vezes foi elencado sendo do mesmo patamar que algumas políticas públicas comuns que dependeriam do que o Estado decidisse para haver a sua prestação.

As nossas necessidades são infinitas e na realidade os recursos orçamentários são limitados, isso no âmbito universal.

Ressalta-se que esse problema da efetividade decorre de um Estado sem educação, informação, constituição, comprometendo a própria justiça e gerando uma noção do porque tamanha inefetividade dos direitos, uma vez que é preciso haver um alicerce íntegro, que proporcione desde o inicio e de forma sustentável o amparo das medidas jurisdicionais.

Outra questão é a soberania, como avançar na preservação do direito fundamental a saúde tendo em vista a questão da soberania estatal. A declaração universal dos Direitos fundamentais trouxe outro paradigma, trouxe a necessidade de releitura do conceito clássico de soberania estatal, hoje os nossos direitos não são apenas aqueles direitos que os nossos governantes dizem que temos, mas

também direitos considerados internacionais, ou seja, nós não somos apenas sujeitos dos direitos fundamentais brasileiros, nós somos sujeitos do Estado Internacional, porque o centro do ordenamento jurídico é agora a dignidade da pessoa humana que colocou o homem em uma posição bem diferente daquela que era até o final da segunda guerra mundial.

Conceituado pelas sábias colocações do Alexandre de Moraes, a essência da dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2006, p.128-129)

E relacionando a dignidade da pessoa humana com o exercício estatal, explanamos a seguinte consideração:

Consoante já deixou destacado, o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade par todos. (SARLET, 2011, p.131)

Verifica-se, portanto, a importância da atuação do Estado observando os limites subjetivos dos seres humanos, uma vez que a saúde está intimamente ligada à vida, o maior bem jurídico existente em todos os ordenamentos e que merece tratamento digno.

Temos também a preocupação quanto aos orçamentos que normalmente não contemplam todas as necessidades do povo, que a cada dia enfrenta uma doença nova, uma epidemia diferente, e principalmente não há uma preocupação efetiva dos orçamentos com a saúde preventiva, porque o ideal da preservação da saúde assim diz a própria constituição é evitarmos a doença, realizando campanhas em prol da manutenção preventiva do direito fundamental à saúde.

Este direito é indispensável para a existência da pessoa humana, analisado em um anglo coletivo e social.

A nossa constituição além de ter protegido a saúde dessa forma tão importante, considerando-a um direito material apresentado em seu artigo 6º, relacionando a dignidade da pessoa humana, também avançou no plano processual para a defesa dos nossos direitos. Não à toa que em 1.988 surgiram as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão que teve como principal função defender a Constituição da síndrome de ineficácia das normas constitucionais, tal síndrome que padece no ordenamento jurídico desde a sua origem. O mandado de injunção que tem como objetivo suprir as lacunas normativas relacionadas aos direitos fundamentais.

Obtivemos também, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, especialmente a nº 45, que efetua o controle judicial das políticas públicas, caso sejam omissas ou prestadas de maneira indevida. O mandado de segurança coletivo que veio para cuidar dos grupos e proteger os direitos líquidos e certos que não são protegidos por outros remédios constitucionais. A ação popular, e a constitucionalização da ação civil pública, importante para a tutela coletiva, também está atenta e operante na defesa do direito fundamental a saúde, na boa distribuição dos gastos públicos.

Destaca-se que todos vieram como instrumentos para a defesa dos direitos fundamentais, inclusive o da saúde.

Partindo deste raciocínio de que a prestação estatal deve ser efetiva, em respeito aos direitos humanos fundamentais, por meio de todos os instrumentos disponíveis, partiremos para a análise do controle social juntamente com sua conexão com o controle externo.

Neste liame, para melhor compreensão a respeito do significado de controle social, Franco Garelli, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino publicaram no Dicionário de Política em verbete, referindo-se conforme a seguir:

[...] mecanismos (sanções, punições, ações reativas) que se acionam contra indivíduos quando estes não se uniformizam com as normas dominantes. Neste nível nos encontramos perante uma gama de sanções, extremamente variada e de peso punitivo diferente, entre as quais mencionamos, [...], os da privação de determinadas recompensas e direitos, as formas de interdição e de isolamento, as de reprovação social, [...]. (1986, p. 284).

Cumpra salientar, que a administração pública fundou-se em diversos princípios, que, a título de exemplos temos o da moralidade, publicidade e eficiência, impessoalidade, legalidade, e o republicano. Neste modo, resta somente aos administradores junto ao Poder Público, e ao povo, prestar contas de todos os seus atos, inclusive os de omissão.

Em sequência, necessária se faz à menção quanto à possibilidade de questionamento e esclarecimento dos governantes em relação às ações e políticas desenvolvidas. Logo, é essencial prover:

[...] estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs político-democráticos. (CANOTILHO apud VALLE, 2011, p. 55).

Desta maneira:

[...] o controle social não se esgota com o processo eleitoral. Pelo contrário, dá-se de maneira ininterrupta sem, no entanto, se contrapor às formas clássicas de controle. Sua efetividade e a qualidade de seus mecanismos estão sujeitas às mesmas condições dos demais mecanismos de representação democrática: informação e debate entre os cidadãos; instituições que viabilizem a fiscalização e regras legais; normas sociais que incentivem o pluralismo; respeito ao império da lei e aos direitos dos cidadãos. (VUOLO, 2011, p. 313).

Verifica-se, pois, que não pode ser de competência exclusiva dos entes estatais o controle dos direitos fundamentais, no caso o da saúde, sendo que as políticas públicas também devem ter como legitimados ao seu controle, a sociedade.

Mesmo com a ativa atuação de Tribunais de Contas em todo o território brasileiro, muito dificilmente abrangerá o que ocorre em todos os municípios existentes. Por outro lado, se faz insuficiente atuação social de forma solitária, uma vez que é minoria da sociedade que portará conhecimentos específicos para tratar deste assunto, o que redundaria em ineficácia.

Agora, se os dois controles, social e externo, andarem juntos, tal lacuna da efetivação será suprida, favorecendo o giro estatal e preservando a fiscalização dos limites aos direitos inerentes ao homem.

A título de esclarecimento, o controle externo tem como titulares: o Congresso Nacional de competência federal, as Assembleias Legislativas de competência estadual, e as Câmaras Municipais que compete aos municípios.

Todos possuem o auxílio dos Tribunais de Contas de sua respectiva região, com precisão nas fiscalizações de toda a finança das entidades estatais.

Ocorre, assim, uma ligação clara do controle que culmina os atos de desrespeito ao texto da lei, responsabilizando seus gestores, que é o controle externo, com a participação fervorosa dos cidadãos que induzem ao esclarecimento do direcionamento dos gastos públicos, bem como sua fiscalização, que é o controle social. Ambos visam a regular prestação do direito fundamental à saúde.

A atuação dos Tribunais de Contas claramente demonstra ser necessária na relação de controle, pois é o órgão que faz a intermediação entre a sociedade e a administração pública. Acerca deste assunto, dispõe o autor Zilton Rocha:

[...] a conclusão das ações dos jurisdicionados e do controle externo possibilitarão, dialeticamente, promover novas formas de garantir uma administração eficiente, honesta, transparente e que saiba aplicar os recursos públicos em prol do bem-estar da sociedade. (ROCHA, 2011, p. 9).

O mesmo autor afirma, ainda, que “[...] a eficaz fiscalização da Administração Pública requer a articulação de várias instâncias de controle, tanto estatais, com atribuições internas e externas, como sociais”. (ROCHA, 2011, p. 9).

Neste sentido, nota-se que qualquer pessoa pode realizar a fiscalização da destinação de verbas públicas, e caso verifique alguma irregularidade nas atividades, basta efetuar uma denúncia junto ao Tribunal de Contas. Essas reclamações são encaminhadas às ouvidorias pertencentes aos Tribunais, que providenciam uma espécie de conversa entre os dois controles, a fim de esclarecer as situações levantadas. Deste modo, depreende-se que:

Com a evolução do Estado e a implantação de regimes democráticos, o poder estatal passou a ser exercido em nome e em favor do povo, fazendo com que a fiscalização das contas públicas passasse a constituir prerrogativa da soberania popular, tornando-se imprescindível à manutenção do próprio regime democrático. (...) Como essas características democráticas transformaram-se em essência dos órgãos de controle, pode-se dizer que o Tribunal de Contas é o olho do povo, na medida em que verifica se há o regular e legal emprego dos dinheiros públicos e se a sua aplicação está direcionado ao interesse coletivo. (MILENSKY apud MARQUES, 2010, p.21).

Outra vez, destaca-se a importância da fiscalização nas atividades públicas relacionadas à saúde, pelo controle social. Outrossim, extraímos a

possibilidade de utilizar diversos meios para realizar o controle interno, como as controladorias e ouvidorias.

Conclui-se, portanto, que é indispensável a junção destes dois institutos , para que haja um balanceamento no exercício regular das verbas, destinação e fiscalização no que tange todos os aspectos relativos à saúde.

### **2.5.2 – O Sistema Único de Saúde (SUS)**

Partiremos então do pressuposto processual para os princípios norteadores dos direitos fundamentais, além de demonstrar os aspectos mais importantes de um dos órgãos estatal mais utilizado pelos cidadãos brasileiros. Primeiramente, abordaremos o previsto no artigo:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O SUS (sistema Único de Saúde) foi implantado pela Lei Orgânica 8.080/1990, e recebeu o reforço pela Lei nº 8.142/1990 que trouxe formas de fiscalização do cumprimento do direito fundamental a saúde, bem como a conferência nacional da saúde e o conselho da saúde.

Essa conferência ocorre a cada quatro anos, com a finalidade de avaliar os avanços da efetivação, novas doenças, novos procedimentos e tratamentos, e políticas de prevenção, ou seja, para que as normas, as diretrizes administrativas relacionadas à saúde no país estejam sempre afinadas com as demandas sociais.

O Conselho da saúde é um órgão importante que também visa fiscalizar as diretrizes relacionadas à prestação de saúde.

Então nós temos uma lei altamente principiológica que trás uma série de proteções, que elenca em seus artigos demandas que em tese seriam eficazes, basta o caminhar junto ao poder estatal executivo. Esta Lei também versa sobre o tratamento dos hipossuficientes, pois a saúde deve ser defendida para todas as pessoas, independente de sua etnia, religião, instrução, portador de deficiência ou não, orientação sexual, etc.

Além dos artigos da Lei do SUS, temos previsto na Constituição no que tange a relação da repartição de competência, conforme artigo 23, inciso II, que a saúde faz parte de uma competência comum, cumulativa ou paralela, ou seja, compete a União, aos Estados ao Distrito Federal e aos municípios, preservar e defender o direito fundamental a saúde.

Para o autor Augusto Massayuki Tsutiya, além de abordar sobre essa competência concorrente, leciona que:

A norma geral deve traçar diretrizes para todo o País. Traça a moldura, enquanto a legislação estadual suplementar serve para o preenchimento de lacunas, se existirem, de forma a amoldá-la às peculiaridades locais ou regionais. (2008, p.403).

O artigo 24, inciso XII da CF, também diz que é competência concorrente no que tange a sua atividade legiferante em relação à previdência social e a defesa e proteção da saúde. Em breve análise, vejamos que seu parágrafo 1º diz que cabe a União editar normas gerais relacionadas a este direito fundamental. No parágrafo 2º diz que cabe aos Estados e ao Distrito Federal suplementar a saúde e os demais direitos previstos neste artigo, para atender suas peculiaridades. No parágrafo 3º diz que em caso de omissão de uma lei, cabe aos Estados e ao Distrito se preocuparem com a preservação, numa tentativa de legislação plena. O parágrafo 4º diz que em caso de advento da norma geral, caberá a ela suspender a norma estadual que a contrariar.

Além destes, outros dispositivos se referem à separação de competência, como por exemplo, o artigo 30, e incisos da CF, que discorre sobre a competência do município em promover a saúde.

A relevância da atuação do município em dizeres de “interesse local”, assim denominado pela constituição, é importante pelo seguinte aspecto:

Com o processo de municipalização dos serviços de saúde, a importância do Município em matéria de saúde tornou-se ainda mais relevante. Os Municípios possuem a tarefa de execução, defesa e proteção da saúde,, haja vista constituir em instância federativa mais próxima do cidadão, base do Sistema Único de Saúde, consoante o disposto na Lei n. 8.080/90. Parafrazeando o saudoso jurista e político André Franco Montoro, “Não moramos na União. Não moramos no Estado. Moramos no Município.” (TSUTIYA, 2008, p. 403)

Portanto, importante observar que nossa constituição comporta um sistema compartilhado, os entes federativos dividem atribuições, a fim de proporcionar de forma mais fácil o acesso à saúde e aos meios para sua manutenção.

Nos casos em que são pleiteados medicamentos de baixo, médio e alto custo, é demandando seguido da ordem, no primeiro o dever do Município, no segundo o Estado se vincula a fornecer, e no terceiro a própria União é quem patrocina os gastos.

No que diz respeito aos princípios constitucionais, analisamos que nesta seara a saúde é regida pelos expostos no artigo 194 da Constituição Federal, por se tratar de espécie do gênero Seguridade Social.

Outrossim, além de se utilizar destes princípios pode-se relativizar com outros específicos e semelhantes a matéria, como o Princípio da relevância pública, da prevenção, da universalidade de cobertura e atendimento, da seletividade e distributividade dos serviços ou reserva do possível, do atendimento integral, da equidade na prestação de serviços, da descentralização, da participação da comunidade e da vinculação de recursos para a saúde. Todos, esses princípios citados são encontrados na nossa Carta Magna, no rol dos artigos 196 ao 200.

Na Lei 8.080/1990, em seu artigo 7 extraímos alguns princípios implícitos importantes para a defesa do direito fundamental.

O primeiro e a unicidade do sistema, onde os entes federativos deverão estar todos envolvidos em prol de um objetivo principal, qual seja defender da melhor forma possível o direito fundamental a saúde.

Em seguida temos o princípio da humanização do atendimento, sem duvida todos os médicos, enfermeiros e colaboradores do sistema único de saúde devem lembrar do princípio da compaixão, que apregoa o pensar e se colocar no lugar do próximo. Para Rousseau a compaixão era essencial, uma vez que

humanizava ainda mais o atendimento prestado, pois o profissional compreendia de maneira mais humana a dor e o sofrimento do outro.

Ademais, existe o financiamento solidário, que a princípio o SUS diz que há uma municipalização do atendimento, mas que pode acontecer da interpretação do país ser desconexa com a nossa constituição, o que não é permitido, para tanto, será aplicada a responsabilidade solidária conforme artigo 196 da constituição.

Após registrar essa importância existente no âmbito municipal, estadual e federal, daremos destaque à outra prerrogativa do direito à saúde que é a normatização/previsão legal. Nesta constituição temos o conceito de cidadania formal, que demonstra que o direito é para todos. Portanto, ao analisarmos o artigo 1, inciso III da Constituição Federal, será possível compreender que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é justamente a dignidade da pessoa humana, que não tem sentido senão ampliada ao direito à saúde.

O artigo 5, inciso XXXV da Constituição trouxe maiores responsabilidades ao juiz constitucional, o texto diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, pois nosso ordenamento jurídico é rico em garantias, mas, que o desafio da efetividade persiste.

A saúde recebe a preservação como princípio fundamental, direito fundamental e como uma garantia. Os princípios deixaram de ser considerados apenas coadjuvantes das regras, logo, passaram a ser tratados como normas de força imperativa, e não uma mera faculdade jurídica.

### **2.5.3 - A Defesa da Saúde em Juízo**

Em que pese o direito a saúde, nota-se que o pleito se dá geralmente por meio de ações judiciais, a fim de garantir a prestação estatal em virtude da enfermidade acometida, que em muitos casos se deparam com outros dispositivos ou normas que cuidam do sistema financeiro, bem como das disposições contratuais que dificultam a efetividade deste direito fundamental.

É de notório conhecimento que a responsabilidade na prestação da saúde é de todos os entes federativos, mas que existe a chamada tripartição de funções, delimitando em tese o objetivo e a área de atuação de cada um. Sobre o relevante assunto temos o seguinte posicionamento:

No Brasil, o princípio de separação dos poderes está positivado no artigo 2º da Constituição Federal de 1.988, que prevê serem Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Dessa maneira, tem-se um sistema de “freios e contrapesos”, que prevê o relacionamento de tais poderes de forma harmônica, respeitando cada qual o âmbito de atuação e a autonomia dos outros. A teoria da separação dos poderes foi concebida com vistas a assegurar a liberdade dos indivíduos, demarcando que peculiarmente as funções de aplicação das leis e elaboração da mesmas deveriam ser exercidas por órgãos distintos. Dalmo de Abreu Dallari lembra que essa teoria teve acolhida numa época em que se buscavam meios para frear o Estado, “uma vez que não se admitia sua interferência na vida social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos”. (SALAZAR e GROU, 2009, p. 81).

Destarte que, a existência dessa limitação de atuação não impede que o Judiciário realize o controle dos atos praticados pelos demais poderes, pois se tratando de cumprimento de direitos fundamentais não há o que se falar em ingerência da atuação do Judiciário em atos de competência alheia. É lecionado por Eros Roberto Grau que:

Não se pretende, nisso, atribuir ao judiciário o desempenho de funções que são próprias do Legislativo – ou seja, a de produção de ato legislativo – ou mesmo do Executivo – ou seja,, a de produção de ato administrativo. O que se sustenta – e, no caso, sob o manto do princípio da supremacia da Constituição – é, meramente, cumprir ao Poder Judiciário assegurar a pronta exequibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe e mercê do qual lhe é atribuído o poder, n autorização que para tanto recebe, de, em cada decisão que a esse respeito tomar, produzir direito. (GRAU, 2000, p. 335).

Deduz, portanto, deste ensinamento que o Judiciário intervirá somente nas atuações alheias quando estas violarem imposições constitucionais, tendo em vista que o Judiciário é a voz da Constituição Federal, e o responsável direto por sua aplicabilidade, tornando-o assim, legitimado a realizar tais interferências.

Além disso, cabe ao Poder Judiciário promover e garantir os efeitos dessas normas, mantendo a executividade por meio das sentenças judiciais, que caracterizam instrumentos importantes de orientação e prestação judicial sobre políticas públicas.

Importante mencionar, que, o Supremo Tribunal Federal também atua como preservador das normas constitucionais, por meio do controle difuso que faz valer as garantias previstas independentemente de qualquer alegação.

Quanto aos princípios orçamentários, estes possuem ligação direta com os serviços prestados pela rede pública. É regido por políticas públicas com limites constitucionais desde sua elaboração, ou seja, sempre deverá respeitar o estabelecido constitucionalmente para se implantar mudanças no orçamento público.

Em tese, os recursos devem respeitar uma ordem de prioridades que se voltam ao atendimento das obrigações constitucionais e fundamentais, para depois destrinchar-se por outras áreas.

Lucia Valle Figueiredo destaca que:

O orçamento não é uma peça livre para o administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que foi constitucionalmente fixada. (2006, p. 498).

Sendo assim, concluímos que este orçamento deve servir como base para o Estado, norteando sua atuação e delimitando sua extensão, uma vez que determina garantir primeiramente os direitos fundamentais. Logo, percebe-se que só será concreta a dignidade da pessoa humana se estiver atrelada à garantia da saúde.

Não podemos deixar de mencionar a reserva do possível, que nada mais é do que os recursos financeiros que condicionam a promoção e efetividade dos direitos sociais, culturais e econômicos. Esta reserva é dividida em duas espécies, a fática e a jurídica.

A reserva fática trata-se da inexistência de recurso público, como o próprio nome destaca, não há dinheiro nos cofres. A jurídica consiste em não haver autorização para retirada dos valores, não possui autorização orçamentária.

Nesse jaez, vejamos o posicionamento quanto à aplicação da reserva do possível no que diz respeito à saúde:

Muitas conclusões vêm sendo extraídas a partir da consideração de que a reserva do possível é sempre aplicável quando se trata de direitos sociais, incluindo entre eles o direito à saúde. São exemplos: a reserva do possível implica a total desvinculação jurídica do legislador quanto à concretização dos direitos sociais; significa “tendência zero” da eficácia jurídica das normas constitucionais sobre direitos sociais; a reserva do possível impõe gradualidade na implantação desses direitos, tendo em conta especialmente os limites financeiros; e ainda implica insindicabilidade, ou seja, impossibilidade de judicialização, das opções legislativas que dão densidade às normas constitucionais que abrigam direitos sociais. (SALAZAR e GROU, 2009, p. 94).

Existe uma crítica quanto à utilização da reserva do possível como desculpa pela não efetividade de algum dos direitos sociais, pois esta deverá ser analisada minuciosamente, tendo em vista que não basta somente que o Estado alegue a falta de recursos ou a não possibilidade de realização de tal medida, mas este deverá comprová-la, e, ainda, comprovar que houve a ponderação dos direitos fundamentais, ou seja, com a prática do ato acarretará mais prejuízos do que vantagens para os direitos do indivíduo, e por isso não será viável efetivá-la.

Ainda, no mesmo seguimento, preceitua as autoras no tocante a prestação jurisdicional, ao atendimento de decisão judicial envolvendo o fornecimento de medicamento ou cirurgia para a concretização do direito fundamental a saúde, mas que não possui expressa previsão no orçamento:

A “reserva do possível jurídica”, que traz o empecilho da falta de previsão orçamentária para o gasto demandado pelo fornecimento de medicamento por meio de decisão judicial, por exemplo, pode muito bem ser superada, como explicitado acima, devendo prevalecer o direito fundamental à saúde, seja para determinar a inclusão no plano plurianual da despesa apta a concretizá-lo, seja para determinar a realização de uma despesa sem previsão na lei orçamentária anual. Não se trata de menosprezar o orçamento, mas tão-somente de não deixar argumentos formais se sobreporem à materialização da essência da Constituição. (SALAZAR e GROU, 2009, p. 95).

Sobrepõe-se a qualquer justificativa orçamentária o direito fundamental à saúde, tanto fático como jurídico, uma vez que deve ocorrer a ponderação dos valores, sobrelevando sempre o direito a vida e a saúde.

#### **2.5.4 – Agência Nacional de Saúde (ANS)**

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, em breve relato, foi criada pela Lei nº 9.961/2000, e está diretamente vinculada ao Ministério da Saúde. Considerada como autarquia especial, esta é sucumbida à normatizar e fiscalizar o exercício, regulamentar em caráter suplementar tanto o sistema público quanto o de iniciativa privada.

Destaca-se do artigo 3º o dever que é imposto a Agência Nacional de Saúde Suplementar, qual seja:

Promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Trouxe, também, a obrigação de adimplir uma contraprestação, ao passo de que lhe é permitido a utilização do poder de polícia, e para isso é cobrada uma Taxa de Saúde Suplementar (TSS), conforme previsão do artigo 18 da mesma Lei.

Caso a Agência se tornar inadimplente frente a esta prestação, será averiguado administrativamente, e se procedente será inserido em dívida ativa da própria ANS, podendo até mesmo ser sujeito de execução fiscal realizada por sua própria Procuradoria, isso preceitua os artigos 23, 24 e 25 da Lei 9.961/2000.

Seus objetivos e atribuições basicamente tem o mesmo seguimento que o Sistema Único de Saúde (SUS), servindo de complemento e embasamento para ambos os órgãos exercerem suas funções.

Diante todo o exposto, como se pôde perceber o Estado tutela os direitos à vida, à saúde e à seguridade social. Registre-se que com fundamento nas lições de Luís Roberto Barroso (2013, p. 312), pode-se conceder que a efetividade trata-se de um atributo da norma.

Assim, pois, a Autarquia Federal (INSS), sendo extensão do Estado, não pode impor normas burocráticas e despiciendas, com a finalidade de procrastinar o exercício regular do direito à seguridade social e por evidente o da vida e o da saúde.

Observa-se também que estas normas muitas vezes são inconstitucionais e possuem apenas previsões em regimento interno, estando em desconformidade com as normas e garantias constitucionais, como por exemplo, no indeferimento de benefícios por incapacidade em sede administrativa fundados na falta de documentos “necessários” e “obrigatórios” requeridos pela Previdência Social, não atendendo ao princípio e garantia da dignidade da pessoa humana.

É notória tamanha irregularidade, ao analisarmos principalmente a questão da gravidade dos casos de saúde. Quedar-se-á totalmente desnecessária o cumprimento de tais requisitos protelatórios, uma vez que o bem jurídico maior deve ser tutelado, qual seja o da vida, deixando para último plano as questões burocráticas da autarquia federal de mera formalidade.

O papel da Previdência Social é fornecer uma proteção ao segurado, evidentemente voltada à ordem econômica, mas não deixando de transparecer o valor da segurança social, cuja função é promover o mínimo existencial para àqueles que são surpreendidos com a incapacidade laborativa.

Esta atuação é realizada através da concessão dos benefícios previdenciários não programáticos, onde o segurado recorre à autarquia federal pleiteando uma “ajuda financeira compensatória” de suas contribuições prestadas até o momento, caracterizando exatamente o objetivo do sistema.

No entanto, conforme será explanado neste trabalho, observemos que na prática não ocorre a devida efetivação que é prevista na teoria, uma vez que a autarquia federal não dá conta de suprir a necessidade da grande massa que a ela se socorre, havendo um desequilíbrio de critérios e ponderação dos direitos.

Exatamente deste desequilíbrio de valores que iremos tratar, a fim de demonstrar a importância da Previdência Social na vida do segurado, e as consequências diretas de seus atos administrativos frente à concessão de benefícios.

### 3. Benefícios Previdenciários por Incapacidade

#### 3.1 - Previdência Social – Conceito e Finalidade

Em sede de conceituação, a previdência social possui um leque de definições, por se tratar de um tema relevante e de cunho fundamental para todos, será elencado aqui por diversos autores e doutrinadores o seu real significado.

Por primeiro, cumpre dizer, que, na interpretação da autora Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro a “palavra ‘previdência’ vem do latim *pre videre*, que significa ver com antecipação as contingências (incerteza sobre se uma coisa acontecerá ou não) sociais e procurar compô-las.” (2008, p. 70). Por conseguinte, afirma que a Previdência Social “tem como legislação básica a Constituição Federal de 1988 (art. 201), as leis nº 8.212/91 (custeio) e 8.213/91 (benefícios), e o Decreto nº 3.048/99 (que regulamenta ambas as leis).” (RIBEIRO, 2008, p. 70).

Conceitua-se, também, a previdência social como indispensável à vida humana, conforme a visão de Wladimir Novaes Martinez (1999) (apud MARTINS, 2008, p.276.):

A técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os aquirisse pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes.

Na mesma esteira:

É a Previdência Social o segmento da Seguridade Social, composta de um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei. (MARTINS, 2008, p. 276)

Nesta seara, a previdência social, além de seus elementos técnicos e principiológicos, constitui um sistema contributivo, que é movimentado mediante prestações pecuniárias, a fim de subsidiar o próprio custeio previdenciário.

Assim, a Previdência Social é um “sistema que estabelece benefícios ou serviços para as contingências definidas em lei, mediante contribuição por parte

do segurado.” (MARTINS, 2008, p. 277). As contingências referidas tratam-se do risco que o segurado corre em decorrência aos atos normais do dia a dia. Suas causas, segundo Sergio Pinto Martins, são acentuadas da seguinte maneira:

As contingências são decorrentes de perda ou diminuição de ganhos, como: (a) causas decorrentes de questões relacionadas ao trabalho, em que são exemplos às doenças profissionais e acidente do trabalho; (b) causas não determinadas pelo trabalho, como maternidade, velhice, morte, doença não profissional; (c) causas econômicas, como o desemprego. (2008, p. 277)

Nesta toada, a finalidade do sistema previdenciário é resguardar os direitos básicos de um trabalhador, ou contribuinte, que esteja acometido de alguma fatalidade alheia a sua vontade. Tal benefício garante a subsistência humana, de um fato social inesperado, e o risco que se tutela em específico é o da incapacidade laboral.

### 3.1.1 - Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica da previdência social, sustenta-se a ideia de que “a Previdência Social é sinônimo de seguro social e exige do participante uma contribuição mensal (contribuição previdenciária). Difere-se do seguro privado por possuir caráter de compulsoriedade.” (RIBEIRO, 2008, p. 70).

Na perspectiva do doutrinador Fábio Zambitte Ibrahim (2006, p. 18), “a previdência social é seguro *sui generis*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS)”. Ademais, é sustentado pelo ilustre autor, que, a natureza jurídica da previdência social não é contratual, e sim estatutária e inconstitucional:

Sua natureza jurídica não é contratual, pois é excluída por completo a vontade do segurado, sendo este filiado compulsoriamente. Não há qualquer pacto no seguro social, salvo pela figura do segurado facultativo. Em verdade a natureza dos regimes básicos previdenciários é *institucional* ou *estatutária*, já que o Estado, por meio de lei, utiliza-se de seu Poder de Império e cria a figura da vinculação automática ao sistema previdenciário, independente da vontade do beneficiário. Por isso o seguro social é vinculado a ramo público ou social do Direito (Direito Previdenciário), ao contrário do seguro tradicional, que é vinculado a ramo privado (Direito Civil). (IBRAHIM, 2014, p. 29)

Finaliza afirmando que:

Em razão dessa natureza institucional e não contratual, torna-se indevida a aplicação do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor em matéria previdenciária básica (Lei nº 8.078/90). Não há relação de consumo no seguro social, mas sim proteção coercitiva patrocinada pelo Estado, que se utiliza para seu custeio, entre outras fontes, de contribuição do próprio segurado. (IBRAHIM, 2014, p. 29)

Em observância a pontuação acima, afirma, ainda, a autora Juliana Ribeiro, que “o seguro privado tem caráter contratual, sendo vinculado ao Direito Civil, enquanto o seguro ‘social’ é vinculado ao Direito Previdenciário”.

Uma das características mais importantes da previdência social é a compulsoriedade, que segue os ditames complementar. “No Brasil, qualquer pessoa, nacional ou não, que venha a exercer atividade remunerada em território brasileiro filia-se, automaticamente, ao Regime Geral da Previdência Social” (IBRAHIM, 2014, p. 29).

Esta obrigatoriedade resulta de ordem pública, na qual para deixar o ingresso automático, deve-se comprovar que já custeia o regime privado.

Vale mencionar, que, o que era denominado anteriormente de Regime Geral da Previdência Social (RGPS), agora é uma autarquia federal que está diretamente vinculada ao Ministério da Previdência Social, chamado de Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

### **3.1.2 – Fundamentos**

O Plano de Benefícios da Previdência Social foi introduzido em nosso ordenamento pela Lei nº 8.213/1991.

O artigo 1º da Lei da Previdência Social (nº 8.213/1991) dispõe ser dever deste, mediante contribuição, assegurar aos segurados/beneficiários “meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”.

Importante destacar, que o acesso as políticas de saúde, bem como a assistência social, não depende somente do sistema contributivo da Previdência Social. Elenca o artigo 194 da Constituição Federal que:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - eqüidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

É evidente a existência de diversos fatores para a formação da previdência social. “Além de compulsória, a vinculação jurídica, pela filiação, é automática, e se dá de imediato, com o exercício de trabalho remunerado.” (CASTRO e LAZZARI, 2006, p. 53).

Quanto à finalidade da compulsoriedade, Ivan Kertzman argumenta o seguinte:

Se os segurados pudessem optar entre verter parte de sua remuneração para o sistema previdenciário social ou utilizar todos os ganhos para pagamento das despesas domésticas, certamente a maioria escolheria a segunda alternativa. Diversos trabalhadores ficariam, assim, excluídos do sistema protetivo, gerando um completo caos social, pois, quando ficassem impossibilitados de exercer suas atividades, não teriam como prover o seu sustento. (2010, p. 29)

Na mesma celeuma, Sergio Pinto Martins diz que “a baixa renda do trabalhador o impediria de contribuir se o sistema fosse voluntário, pois iria usar todo o numerário para honrar seus compromissos” (2008, p. 282).

Portanto, a forma compulsória num primeiro momento pode ser vista de forma errônea, mas na verdade ela tem a visão de proteger a dignidade da pessoa humana quando esta não puder mais prover o seu próprio sustento, resguardando assim os seus direitos fundamentais de forma indireta.

Deste aspecto, podemos observar que salienta-se à esta linha de raciocínio mais uma característica fundamental, qual seja a solidariedade. Esta característica principiológica tem como objetivo a “cotização coletiva em prol

daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum.” (CASTRO e LAZZARI, 2006, p. 52).

Marisa Ferreira dos Santos discorre sobre a solidariedade no seguinte prisma:

Pela definição constitucional, a seguridade social compreende o direito à saúde, à assistência social e à previdência social, cada qual com disciplina constitucional e infraconstitucional específica. Trata-se de normas de **proteção social**, destinadas a prover o necessário para a sobrevivência com dignidade, que se concretizam quando o indivíduo, acometido de doença, invalidez, desemprego, ou outra causa, não tem condições de prover seu sustento ou de sua família. (2014, p.35)

E mais:

É com a proteção dada por uns dos institutos componentes da seguridade social que se garantem os **mínimos necessários** à sobrevivência com **dignidade**, à efetivação do **bem-estar** à **redução das desigualdades**, que conduzem à justiça social. (2014, p.35)

Portanto, nota-se a importância da atuação da sociedade em conjunto com o sistema, pois aquele que é acometido por patologia grave, na qual comprometeu por inteira a sua capacidade laborativa, poderá contar com o benefício, uma vez que os demais continuam contribuindo para gerar o montante que irá subsidiar o necessário para os incapacitados.

Por fim, menciona-se que o sistema da previdência social não se ampara em verbas do Estado, ele deve prover sua auto sustentabilidade por meio das verbas contributivas dos segurados. O que nos leva a ideia, que, para fazer jus a algum benefício previdenciário deverá contribuir junto ao sistema social.

### 3.2 Breve Abordagem Sobre os Benefícios Não Programáticos

No contexto da Constituição da República de 1.988 verificamos logo em seu artigo 201 a proteção do trabalhador e dos contribuintes da Previdência Social quanto à eventualidades que estão submetidos no dia-dia laboral.

Destaque para o inciso I do artigo 201 da CRFB/88, *in verbis*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

[...]

Sob um parâmetro de hermenêutica a Constituição Federal de 1.988 traça os objetivos a serem respeitados e resguardados pela legislação infraconstitucional e, neste sentido, disciplinou os objetivos, características e funcionalidade da Previdência Social.

Hans Kelsen (1998), a título de complementação, já estabelecida a denominada “Pirâmide Normativa” em que há, obrigatoriamente, em patamar maior a Constituição Federal (nossa Magna Carta) e, em caráter inferior, dentre outras normas, as normas infraconstitucionais.

Por ser assim, a Lei dos Benefícios Previdenciários (Lei n.º 8.213/91) deverá, em sua elaboração pelo legislador ordinário, observar os pressupostos estabelecidos primeiramente na Constituição da República de 1.988 e, caso compatível, estabelecer diretrizes estabelecendo maior abrangência e proteção dos segurados contribuintes.

É cediço a importância de se proteger a doença, invalidez, morte e idade avançada, sendo eventos que a pessoa do contribuinte não pode se preparar de forma prévia a estes acidentes corriqueiros.

Com máxima importância, temos os ensinamentos de Wagner Balera (1989, p. 97):

A doença é o evento que mereceu, desde os primórdios da proteção social, os cuidados da legislação. Ela gera a incapacidade para o trabalho e impossibilita o trabalhador de obter o próprio sustento. Do mesmo modo a invalidez só que, agora, com contornos de definitividade da situação. Além dos cuidados médicos que cada um desses eventos impõe sejam prestados, fará jus o trabalhador a benefício, cujo valor será calculado de conformidade com alguns critérios que a própria Constituição já define.

O que nossa Carta Magna fez foi nada mais, nada menos, do que elevar a caráter constitucional uma problematização e preocupação para com a dignidade da pessoa humana quando envolto de eventos acidentais danosos à sua saúde.

O Poder Público de forma abrangente deve elaborar metas, diretrizes, a resguardar a saúde do trabalhador, do contribuinte e, com isso, colocando meios a ser resguardado o seu direito de trabalhar de forma digna, visando, com isso, a saúde do trabalhador.

Para o resguardo da saúde, mormente tratada através de cuidados e procedimentos médicos quando houver lesões físicas, são adotadas políticas públicas através do Sistema Único de Saúde visando restaurar o seu *status quo ante*.

Contudo, para a saúde do trabalhador, não é suficiente o tratamento médico, somente, mas sim este sobrevive do labor e da sua remuneração.

Nesse diapasão que se sobressai as prestações previdenciárias, de tal modo a suplantar o trabalhador dos infortúnios que a vida lhe proporciona, neste sentido se enquadram os benefícios não programáticos.

### **3.2.1 – Aposentadoria por invalidez**

Este benefício, além de ter previsão legal na Constituição Federal no artigo 201, I, é também encontrado nos artigos 42 a 47 da Lei 8.213/91 da Previdência Social, e no Decreto nº 3.048/99 que regulamenta a Previdência, em seus artigos 43 a 50.

Preceitua o artigo 42 da Lei 8.213/91, que:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O fundamento relevante em questão é a incapacidade laboral, uma vez que constatada dispõe ao segurado o direito ao benefício.

Segundo Sérgio Pinto Martins (2008, p. 321) “a aposentadoria visa substituir o salário ou a renda que o trabalhador tinha quando estava trabalhando”.

Este benefício vem como complemento ou substituição salarial para aquele que já não possui mais plenas condições de subsidiar com o seu trabalho, a manutenção básica de sua própria existência.

Conceitua a invalidez previdenciária o autor Miguel Horvath Júnior (2010, p. 250), afirmando ser a “inaptidão ou incapacidade para o exercício de toda e qualquer atividade por parte do segurado capaz de garantir a sua subsistência”.

No mesmo sentido, leciona a Desembargadora Marisa Ferreira dos Santos:

Trata-se da incapacidade que impede o segurado de exercer toda e qualquer atividade que lhe garanta a subsistência, sem prognóstico de melhoria de suas condições, sinalizando que perdurará definitivamente, resultando na antecipação da velhice. A incapacidade configuradora da contingência é, exclusivamente, a **incapacidade profissional**. (2014, p. 230)

Por conter um nível altíssimo de esclarecimento sobre o assunto, vale transcrever a lição de Manuel Alonso Olea e José Luis Tortuero Plaza:

[...] tomando em sua totalidade o risco invalidez – considerado como ‘enfermidade prolongada’ ou como ‘velhice prematura’, e sempre dominado pela ideia de que seu traço definidor é a **redução ou eliminação da possibilidade de obter renda com o trabalho** – tem múltiplas dificuldades de cobertura, entre outras razões, por sua variedade; o *inválido* é uma abstração, sob a qual existem os indivíduos inválidos, ‘todos diferentes, cada um com seus próprios problemas psicológicos e sociais, e com sua própria e peculiar invalidez’. (OLEA e PLAZA, 1995, p.260-261)

Conclui-se, então, que para concessão de tal benefício é necessária a comprovação do estado de incapacidade laboral. No entanto, o benefício supracitado não é definitivo, tampouco absoluto, “visto que pode ser cessado a qualquer momento caso seja verificada a recuperação da capacidade laboral”. (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 252).

Quanto ao período de carência, são exigidos do segurado no mínimo 12 (doze) meses de contribuição, para que este possa gozar do pleno direito ao benefício, salvo, nos casos em que a invalidez for proveniente a acidente e trabalho, daí será aposentadoria por invalidez acidentária, que dispensa tal requisito de contribuição.

Devemos mencionar, também, que, em sede de requisitos são elencados o cumprimento da carência, quando esta for obrigatória, e a demonstração da incapacidade laborativa.

A incapacidade laboral deverá ser comprovada através de exame médico-pericial de responsabilidade da Previdência Social. Entretanto, nada obsta que o segurado faça-se acompanhar com médico particular de sua confiança, sendo

necessário neste caso custear o acompanhamento deste. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 288)

Tomaremos nota quanto ao andamento dado na prática do pedido deste benefício, por meio das sábias palavras da autora Cláudia Vianna:

Na prática, o segurado comparece à APS – Agência da Previdência Social munido de documentos pessoais e do atestado médico com a indicação do afastamento da atividade profissional. O servidor atendente abrirá então um protocolo de benefício e agendará data e hora para a perícia médica, quando então o segurado será examinado. O médico perito do INSS será então o responsável para indicar se a incapacidade será temporária ou definitiva; sendo temporária será concedido o benefício de auxílio-doença e sendo definitiva, sem visualização de reabilitação ou habilitação para atividade diversa, será concedido o benefício de Aposentadoria por Invalidez. (2005, p. 552)

Porém, existem alguns aspectos que devem ser levados em consideração nesta matéria, como menciona claramente a autora Juliana Ribeiro (2008, p. 189):

Atentemos para o fato de que hoje em dia, além da incapacidade laboral, a perícia realizada por motivo de invalidez deverá ter em mira a repercussão de seu estado físico e psicológico. Assim, inevitavelmente, deveriam ser levados em conta pelo perito não só o conceito de invalidez física, mas também os aspectos relativos às suas formações profissionais, idade e até certo ponto, as dificuldades que serão encontradas para o segurado retornar ao mercado de trabalho.

Deste feito, além de observar a incapacidade laborativa, o perito ao elaborar sua convicção, deverá analisar todos os aspectos subjetivos do segurado, conforme nota acima.

Lembrando que, as perícias nos casos de auxílio-doença servem como provas documentais, mas não servem como requisito para a concessão da aposentadoria por invalidez, pois como o próprio texto da lei diz, poderá ou não estar em gozo do auxílio-doença (art. 42 da Lei 8.213/91).

Partindo deste pressuposto, adentraremos no campo das lesões e doenças preexistentes.

Conforme dispõe nosso Regime Geral da Previdência Social, não será concedido o benefício por incapacidade, se o indivíduo já era inválido à data da filiação ao sistema, salvo se referida incapacidade for de caráter progressivo, de acordo com o § 2º do art. 42 da Lei 8.213/91.

Ista salientar, que, não deve se confundir incapacidade com doença, pois o individuo pode ser portador de alguma patologia que não acarreta incapacidade laborativa.

Caso não houvesse essa vedação, ocorreria um descompasso com o objetivo do benefício, uma vez que todo ao saberem estar portando alguma doença incapacitante se filiaria ao sistema apenas para se beneficiar.

### **3.2.2 – Auxílio-Doença**

Este benefício está previsto na Constituição Federal, art. 201, I, bem como na Lei 8.213/91 em seus artigos. 59 a 64, e no Decreto nº 3.048/99, artigos. 71 a 80.

Prevê o art. 59 da Lei 8.213/91:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O Auxílio-Doença é subdividido em duas espécies, aquela decorrente de acidente no âmbito do trabalho, e a decorrente de causas naturais, a doença propriamente dita, e os demais casos que é denominada de ordinária.

Essa diferenciação é feita por Ivan Kertzman, vejamos:

Anote-se que do ponto de vista previdenciário, as únicas diferenças entre essas duas modalidades de auxílio-doença é que o primeiro dispensa a carência e, se for ocasionado por acidente de trabalho ou doença ocupacional, exige a emissão da Comunicação de Acidente de Trabalho – CAT. Já o segundo somente dispensará a carência se for oriundo de acidente de origem não ocupacional ou das doenças constantes em lista específica. (2010, p. 417-418)

Sérgio Pinto Martins (2008, p. 410) também distingue e afirma que “o acidente do trabalho, em princípio, é aquele que decorre do exercício do trabalho. Não se pode considerar, portanto, acidente do trabalho o proveniente de acidente de trânsito que nada tenha a ver com o trabalho”.

O benefício auxílio-doença previdenciário/ordinário é devido a todos os contribuintes que cumprem os requisitos para tanto. No entanto, para a aquisição do

benefício auxílio-doença acidentário é indispensável que o segurado esteja trabalhando, seja trabalhador avulso ou subordinado.

Seu período de carência também se dá com a contribuição de no mínimo 12 (doze) meses, contados a partir da filiação. Porém, é dispensado se neste período o segurado sofre algum tipo de acidente conforme § 2º do art. 71 do Decreto nº 3.048/99.

Ademais, a dispensa também é feita se for acometido por doenças elencadas na lista do Ministério da Saúde, do Trabalho, e da Previdência Social.

Seus requisitos são basicamente a: constituir a qualidade de segurado do regime social, obter cumprido o período de carência - caso exigido, e estar com a incapacidade laborativa persistente por mais de 15 (quinze) dias, impossibilitando suas atividades habituais.

Quanto às doenças preexistentes, segue o mesmo raciocínio da anterior, é verdade a concessão se o segurado já for portador de incapacidade no momento da filiação, salvo se proveniente de doença progressiva.

A diferença, portanto, do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez é que no primeiro, não precisa ser a incapacidade motivo de vedação para qualquer atividade, basta comprovar que está incapaz para praticar as atividades habituais, podendo ser parcial ou total. Já na aposentadoria por invalidez, além de tudo isso, a incapacidade deve ser total e permanente.

### **3.2.3 – Auxílio-Acidente**

Prevê a Constituição Federal o direito ao auxílio-acidente, em seu artigo. 201, § 10º, na Lei 8.213/91 da Previdência Social no artigo. 86, e no Decreto nº 3.048/99, artigo. 104.

Em decorrência disto, analisaremos o previsto no artigo 104 do Decreto 3.048/99:

Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequela definitiva, conforme as situações discriminadas no anexo III, que implique:

I - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam;

II - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e exija maior esforço para o desempenho da mesma atividade que exerciam à época do acidente; ou

III - impossibilidade de desempenho da atividade que exerciam à época do acidente, porém permita o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social.

Diante o exposto, é de conhecimento de todos que o benefício de auxílio-acidente é devido àquele que após sofrer acidente, seja qual for a sua natureza, retorna as atividades laborais, porém não possui a mesma desenvoltura que antes, ou seja, retorna ao trabalho sem as mesmas qualidades laborativas.

Será, portanto, indenizado por esta perda de aptidão ao trabalho, em virtude de um acidente que tenha sofrido. Importante ressaltar que “o auxílio-acidente é devido em decorrência de acidente de qualquer natureza, e não, apenas, em caso de acidente de trabalho”. (KERTZMAN, 2010, p. 427)

Seus requisitos consistem na redução da capacidade laborativa, e na comprovação da lesão ser proveniente de algum acidente, seja sua natureza qual for.

A respeito disso, Miguel Horvath Júnior (2010, p.317) esclarece:

A consolidação das lesões pode ser observada sob a ótica médica e jurídica. Sob o ponto de vista médico corresponde ao fim da lesão ou da perturbação funcional pela recuperação total ou pela estabilização dentro de certos limites do processo mórbido. Do ponto de vista jurídica a verificação da consolidação das lesões somente é possível de ser certo no momento imediatamente anterior ao da cessação do auxílio-doença ou da sua conversão em aposentadoria por invalidez. No caso de consolidação com recuperação total não há que se falar em indenização acidentária.

Com efeito, nota-se que havendo a recuperação do segurado, tal benefício deverá ser cessado, pois extinguirá um dos requisitos necessários.

## **4.Meios de Efetivação e Participação do Poder Público no Direito à Saúde.**

### **4.1 - Possibilidades de Atuação Judicial**

Tendo em vista os limites existentes para a atuação do magistrado, podemos afirmar que além das reservas, dos limites de proporcionalidade, a questão da subjetividade do caso em concreto possui extrema importância, uma vez que a interpretação judiciária está diretamente ligada à concretização do direito fundamental destacado.

Haverá sempre uma ligação emocional com o julgamento da causa, inclusive por se tratar de direito fundamental e indispensável à vida, o magistrado inevitavelmente tomará a decisão influenciado por sua emoção, pois ele também é ser humano e nem sempre age somente com a razão.

A sensibilidade do juiz não deve ser analisada de forma negativa, ao contrário, é uma virtude que torna a atividade jurisdicional mais humana. O sentimento de agir certo, com coerência, e conforme a moralidade, não impede que na sentença tenha um raciocínio objetivo, resguardando a racionalidade e imparcialidade de um legítimo julgador.

Em se tratando do direito fundamental à saúde o lado emocional é bastante atingido, pois geralmente são situações de urgência em que os pacientes já estão com o quadro clínico avançado, e em decorrência disto são obrigados a se submeterem a esta chantagem emocional, uma vez que consideram o judiciário sua última oportunidade de continuar vivendo.

Importante mencionar, que, mesmo com todas essas avarias e apelos emocionais, o magistrado deverá sempre agir de acordo com o previsto em lei. Mesmo com todas as situações circunstanciais é preciso manter os limites estabelecidos.

E como acontece com todos os direitos, o da saúde também possui limitações na qual consiste em normas infraconstitucionais. É notório o caráter normativo influenciado por princípios, neste mesmo sentido elencaremos o posicionamento de Canotilho, quanto às diferenças entre regras e princípios:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea da regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)" (2002, p. 1145-1146).

Portanto, nota-se que mesmo com a distinção realizada entre os institutos, é difícil a verificação dos limites, uma vez que este é colidido de frente com o direito à saúde, e esta ponderação não é vista com muito prestígio ao se colocar no lugar do paciente e sua família. Mas em geral, o que ocorre é o interesse de máxima efetivação de ambas as partes.

#### **4.1.1 - Limites de Atuação**

Primeiramente, antes de adentrarmos ao estudo dos meios efetivos à saúde, devemos mencionar de forma breve os quatro tipos de limitação do Poder Judiciário, para depois dar seguimento aos meios de coerção, atuação, imposição judicial, etc. São eles: a proporcionalidade, a reserva de consistência, a reserva de coerência e a reserva do possível.

A proporcionalidade é uma típica norma advinda de princípios constitucionais, na qual delimita um raio de critérios para a concessão de direitos. Um dos juristas brasileiro mais renomado no assunto, afirma que "se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens" (GUERRA FILHO, 1989, p. 75).

Não podemos deixar de destacar que, junto a este limite temos o princípio da vedação de excesso, cuja competência é evitar os abusos que possam surgir com a atividade prestacional da saúde.

A reserva de consistência é basicamente a comprovação de que as escolhas dos demais poderes estão desconexas, bem como que o direito que almeja é possível. Neste sentido, leciona Sérgio Fernando Moro:

[...] não podem ser desenvolvidas e efetivadas normas constitucionais sem que o Judiciário reúna argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar [...] (MORO, 2001, p.90)

E mais:

[...] o limite da reserva de consistência poderá impedir o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade [...] (MORO, 2002, p. 179)

Sendo assim, é necessária a demonstração suficiente de que possui realmente aquele direito, ora pleiteado, pois servirão de base documental para o convencimento e fundamentação do magistrado em sua decisão.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região converteu o benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de serviço para aposentadoria por invalidez, baseado justamente na reserva de consistência, vejamos:

Inobstante pelo critério da New York Heart Association (NYHA) a cardiopatia, embora grave, situe-se na Classe II, o que, em princípio não seria motivo para considerá-la grave a teor da Portaria nº 2.142/FA-43 de 3-6-97 que estabelece normas para avaliação da incapacidade pelas juntas de inspeção de saúde das forças armadas, o fato é que, no caso, a própria perícia admite que, pelo critério do consenso nacional sobre cardiopatia grave (ABL-1993), a autora padece de cardiopatia grave e, ademais, o art. 186, par. 1o, da Lei 8.112/90 elenca, como causa para aposentadoria ou invalidez, 'cardiopatia grave' sem qualquer [...]. TRF 4ª Região, AC 256440/SC, 4ª Turma, Rel. Juiz Alcides Vettorazzi, DJU 20/6/2000, p. 376.

Mais um caso a título de exemplificação, agora julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que ordenou a substituição dos inseticidas em campanhas, pois eram nocivos a saúde pública:

DIREITO AMBIENTAL. SUBSTITUIÇÃO DO INSETICIDA DDT EM CAMPANHAS DE SAÚDE PÚBLICA. LESIVIDADE DO PRODUTO AO HOMEM E AO MEIO AMBIENTE. SENTENÇA AMPARADA EM ESTUDOS TÉCNICOS DE ENTES PÚBLICOS NACIONAIS E ORGANISMOS

INTERNACIONAIS. O inseticida DDT comprovadamente causa danos ao homem e ao meio ambiente. Estudos de órgãos estatais nacionais como Embrapa, Ministério da Saúde e Fundação Nacional de Saúde, bem como organismos internacionais como a Organização Mundial da Saúde, reconheceram os malefícios presentes na utilização do produto em campanhas de saúde pública. Necessidade de substituição do produto a curto prazo frente à potencialidade do perigo representado pelo inseticida. Interesse público presente [...]. TRF 1ª Região, AC 1000036946/DF, Rel. Juiz Julier Sebastião da Silva, DJ 27/8/2001, p. 2595.

Percebe-se no geral, que, esta reserva possibilita ao magistrado, pelos ricos detalhes e argumentos, uma melhor atuação jurisdicional, atuando desde casos simples e singulares a casos de maior complexidade e coletivos.

Já a reserva de coerência é praticamente uma extensão da anterior, sendo um princípio clássico de interpretação requerido em demandas semelhantes. Este dever serve como freio e contrapeso nas decisões, uma vez que analisa o campo da arbitrariedade do juiz.

No âmbito da saúde é corriqueira a divergência de julgados, principalmente relacionados à concessão de antecipação dos efeitos da tutela. Uma das maiores críticas consiste em descobrir o porquê da negativa administrativa em casos tão urgentes, submetendo o indivíduo ao desgaste de um processo judicial, sendo que já é pacífico o entendimento sobre aquele caso.

Por fim, a reserva do possível já mencionada em abordagens anteriores, trata-se da possibilidade financeira do Estado, ou seja, suas questões orçamentárias.

#### **4.1.2 - Repercussão Jurídica da Omissão do Estado na Prestação da Saúde**

Nos casos em que ocorre a omissão do Estado frente a sua obrigação de amparar assistencialmente a todos, fornecendo medicamentos ou intermediando algum tratamento, caberá o devido ressarcimento no tocante ao prejuízo decorrente desta omissão.

Ingo Sarlet elucida que:

[...] a possibilidade do titular desse direito (em principio qualquer pessoa), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram esse direito, exigir do poder público (e eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento medico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamentos, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde [...] o direito à saúde [...] é também (e acima de tudo) um direito a prestações, ao

qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade. (2001, p.11-12)

Com pesar, mesmo havendo todas essas previsões e garantias, nota-se que há um aumento significativo nas demandas judiciais em detrimento a saúde. Muitos casos são atingidos pelo desatendimento ao adequado tratamento, em virtude disto ainda afirma o mesmo autor:

Permanece, todavia a indagação se o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo o Estado ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares, enfim toda e qualquer prestação na área da saúde. Na medida em que o poder público não tem logrado atender (e aqui não se está adentrando o mérito das razões invocadas) o compromisso básico com o direito à saúde, contata-se a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais brasileiros [...]. (SARLET, 2001, p.12)

Há de se mencionar que os gastos com a saúde crescem gradativamente com o passar dos anos, mas sua prestação continua a mesma. No mais, o argumento bastante utilizado para indeferir de prontidão é o orçamento judiciário, sempre com a mesma alegação de que é insuficiente. Neste sentido, vejamos a colocação de Luis Roberto Barroso:

[...] proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis [...] não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estado e Municípios – deve ser responsabilizado [...] diante disso os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos [...] tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional. (2009, p.3)

Pois bem, uma vez considerado o direito à saúde indiscutível e garantido liminarmente, a não prestação geralmente é punida por multa pecuniária, digamos que muito significativa. Toda via, essa circunstancia seria bem mais fácil e menos custosa ao Estado, se este cumprisse com o ser dever desde o pleito inicial, tendo em vista que uma ação judicial gera desgastes a ambas as partes, bem como a movimentação desnecessária da máquina estatal, para atender simplesmente um direito que já é garantido constitucionalmente. Torna-se uma medida evitável, ao passo que poderia evitar submeter-se a uma ação judicial sendo que as necessidades vinculadas à saúde deveriam ser atendidas já na esfera administrativa.

Neste mesmo raciocínio, enfatiza o doutrinador Ingo Sarlet:

[...] não haveria como desconsiderar a grave ameaça que paira sobre todos aqueles que necessitam bater as portas do Judiciário para a obtenção, via processo judicial, do reconhecimento e proteção de seu direito a saúde. Com efeito, tendo em conta o caráter normalmente emergencial da prestação reclamada, impõe-se, em regra, a concessão de uma medida liminar, que, evitando o comprometimento grave e até mesmo irreversível da saúde do demandante, concede-lhe antecipadamente o direito reclamado em juízo [...], pois bem considerando a existência de legislação proibitiva da concessão de tutela antecipada contra o poder público e levando em conta, ainda, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter se pronunciado pela constitucionalidade dessa legislação (embora não de forma definitiva), não se poderia mais, a prevalecer este entendimento, obter provisória e antecipadamente [...] a prestação saúde constitucionalmente assegurada. Mesmo assim, constata-se que Juízes e Tribunais [...] continuam, ao menos em sua maior parte, deferindo liminares, cientes de que negar a antecipação da tutela e relegar ao final do processo a concessão do direito reclamado, em muitos casos equivaleria [...] condenar a pessoa a morte ou ao comprometimento grave e, por vezes, definitivo de sua saúde. (2001, p.14-15)

Conclui-se que, a satisfação da sociedade se resume em não precisar socorrer-se ao Judiciário para obter um direito já lhe garantido constitucionalmente.

#### **4.1.3 A Burocratização Da Efetivação Do Direito À Saúde Via Benefício Previdenciário**

É sabido que em inúmeros casos os benefícios previdenciários, em tela os não programáticos, são retardados pelos atos da autarquia federal – Previdência Social. Ao invés de satisfazer a necessidade do segurado de maneira imediata, baseando-se na urgência da tutela ao seu direito fundamental à existência, prefere criar procedimentos protelatórios que dificultam o alcance do pleito.

Nesta celeuma temos a seguinte observação:

Historicamente os membros da autarquia federal aprenderam a manejar as normas regulamentadoras, tal como portarias internas, ordens de serviço e instruções normativas, de forma a subverterem o sistema legal brasileiro, invertendo diametralmente o conjunto hierarquizado de normas jurídicas estruturadas da pirâmide de Hans Kelsen, fazendo emergir mais importância às normas inferiores que as superiores, para a concessão de benefícios como aposentadorias pensões e auxílios. (CAMARGO, 2013, s/p)

A chamada “indústria de indeferimento” perdeu força e foi alarmada no ano de 2.011, após realização de estudos sobre o maior litigante existente no país, no qual apontou ser a Previdência Social, por suas inúmeras demandas de requerimentos beneficiários. Essa pesquisa utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça deu início a averiguações do funcionamento e regimento interno do Instituto Nacional de Seguridade Social, justamente por sua fama de órgão resistente aos pedidos.

Quanto à prática de normatização feita pelos próprios representantes da autarquia federal supracitada, comenta Guilherme Pessoa Franco de Camargo:

Todas as normas infra-legais aos textos mencionados não deveriam reduzir, ampliar ou modificar direitos neles previstos, mas não é o que ocorre na seara previdenciária, sendo rotineiras às maculas as ordens hierarquicamente superiores, quase sempre para reduzirem direitos. Isto quando não são instituídas para inviabilizarem ou tornarem quase impossível a concessão dos benefícios, mediante a apresentação de exigências diversas e complexas, limitação do rol de provas a elementos pré-determinados, requerimentos de documentos complementares aos originais ou de obtenção remota. (2013, s/p).

No mais, a título demonstrativo, o mesmo autor apresenta dados referentes aos indeferimentos:

Dados não oficiais revelam que o número de indeferimentos administrativos é de 30% a 80%, dependendo da agência do INSS. Em Juiz de Fora, 14% dos processos administrativos do INSS estão sem solução, sendo que 26% daquele percentual ainda aguardam decisão superior ao prazo limite de 45 dias. (2013, s/p).

Tal referência reforça todo o alegado percorrido por este trabalho, não há qualquer ponderação dos valores fundamentais, estes são deixados de lado a fim de obedecer a estipulações não constitucionais, que diretamente ferem o princípio da dignidade humana, bem como sua efetivação.

## CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, dar-se-á destaque no tocante a efetivação de tais direitos fundamentais, tendo em vista que não bastam somente estarem previstos na lei, mas a forma com que o Estado deve agir é de máxima excelência, uma vez que é garantidor desses direitos e dispõe de recursos para tanto.

Importante mencionar também a grandeza da evolução dos direitos individuais e sociais, sendo considerados protagonistas para a ampliação e concretização desses direitos. Contudo, ainda que estejam nesse estágio, sofrem diversas violações, obradas pelo Estado, Previdência Social, Departamentos Regionais de Saúde, entre outros órgãos e autarquias integrantes do Poder Público.

Levando-se em consideração esses aspectos, observamos que na prática, a transgressão desses direitos é corriqueira, não agindo em conformidade com o disposto em lei, decisões judiciais, ou até mesmo com a prática de burocratização em excesso para a concessão de benefícios previdenciários, que na maioria das vezes se fazem necessários pela urgência. Logo, este comportamento encontra-se em desacordo com a dignidade da pessoa humana, ao acesso à justiça, direito à vida e à saúde.

Desta forma, a sociedade vem buscando gradativamente a efetivação de todos os direitos mínimos para a subsistência humana, amparadas nos argumentos aqui expostos, e na busca somente de uma qualidade ideal de vida, mas que barrados, se deparam com o desatendimento e delonga frente a todas essas necessidades.

A fim de amenizar tal realidade, seria brilhante criarem uma política pública que versasse somente sobre aspectos relacionados à saúde, e aos benefícios previdenciários que dela tutelassem. Desta maneira, todos inclusive as autarquias federais, teriam o dever de seguir os ditames ali expostos, ou seja, dispor em todo o país o mesmo tratamento previdenciário, bem como a distribuição de recursos suficientes conforme a necessidade da região, garantido o direito para todos.

Nesta seara, ainda, seria necessário energizar o cumprimento das multas pecuniárias decorrentes do descumprimento constitucional, e dos demais meios coercitivos, na intenção de diminuir a prática da burocratização de direitos já adquiridos, uma vez que o mesmo pleito é concedido na via judicial.

A crítica consiste na estratégia econômica do Instituto Nacional de Seguridade Social, no tocante a restrição de liberação de benefício. Qual seria realmente a finalidade? Talvez por questões orçamentárias? Pois bem, se analisarmos pela ótica da vantagem requerida, ambas as partes acabam sofrendo prejuízo, sendo que terão o desgaste financeiro e psicológico de promoverem medidas judiciais, movimentando toda a máquina do Judiciário para solucionar uma questão que poderia já ser efetivada administrativamente. Sem contar que na maioria dos casos, o tempo é o pior inimigo do segurado, pois este encontra-se numa luta interminável na busca pela sobrevivência.

Portanto, caberia ao Poder Público por meio de norma superior ao regimento interno do INSS, melhorar as condições da prestação de direitos oferecida, voltando o olhar àqueles que são hipossuficientes na relação, que dependem muitas vezes daquele benefício para se manter, e, ainda, prover o sustento de toda sua família, lidando com o quadro clínico arriscado, no qual a última esperança se esgota no Judiciário, onde confiam fielmente que haverá o mínimo de justiça.

Outra opção seria a possibilidade do bloqueio de verbas, quando comprovado os requisitos mínimos para a antecipação de tutela, no caso a verossimilhança das alegações (através de laudos médicos) e a prova inequívoca, juntamente com a comprovação da probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, isso já na esfera judicial, no qual o magistrado pudesse determinar o bloqueio dos valores advindos das próprias contribuições previdenciárias, e em último caso o bloqueio de verba pública do Estado, pois este é responsável solidário e direto na efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Seria uma segurança jurídica para o segurado, que teria pleno gozo de seu direito independentemente da atuação da autarquia federal, e não seria limitados os poderes para a execução e tutela. Tal medida se faz necessária levando em consideração a grande massa que adquire este sistema da Seguridade Social, tornando-se uma questão de interesse público, no qual o Judiciário poderá intervir e

ao mesmo tempo fiscalizar todo o exercício dos serviços prestados, direta ou indiretamente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Lilian. Disponível em: <http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/a-importancia-do-iluminismo-frances-.htm>. Acesso em 27 de agosto de 2.015.

BAHIA, Flavia. Disponível em: <https://youtu.be/nYy1SF3bjv0>. Curso de Direito Constitucional: Direito Fundamental à Saúde – aula 1. Acesso em 10 de outubro de 2.015.

BARBOSA JÚNIOR, Márcio Matheus. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12077](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12077). Acesso em 25 de agosto de 2.015.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito Social, 2009.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24092/o-lado-negro-do-inss-a-inviabilizacao-dos-beneficios-previdenciarios-pela-autarquia-federal>. Publicado em abril de 2.013. Acesso em 16 de outubro de 2.015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 7. ed. São Paulo, 2006.

DHnet Direitos Humanos. Disponível em:  
<http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/onu/sddh/#3.2>. Acesso em 25 de agosto 2.015.

DOMINGUES, Gabriel Zaupa. **O Princípio da Irreversibilidade na Tutela Antecipada nos Benefícios Previdenciários de Auxílio Doença. Monografia.** 2009.

FEBA, Deyse Cristina. **Antecipação de Tutela nos Benefícios Previdenciários. Monografia,** 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro. 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional.** Fortaleza: UFC. 1989.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1.988.** (Interpretação e crítica) 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GARELLI, Franco. Controle Social. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário.** 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário.** 7. ed., rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário.** 7. ed. São Paulo: PODIVM, 2010

KUMAGAI, Cibele. MARTA, Taís Nader. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7830](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830). Acesso em 30 de agosto de 2.015.

LOPES JÚNIOR, Nilson Martins. **Direito previdenciário: custeio e benefícios.** São Paulo: Rideel, 2009

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela. 6. Ed. Revista e Ampliada.** São Paulo: Editora Magalhães, 2000.

MARQUES, Candice Ramos. **O Papel dos Tribunais de Contas na Efetivação dos Direitos Fundamentais: contribuições da auditoria operacional.** 40f. Monografia

(Especialização em Auditoria Operacional), Universidade Gama Filho, João Pessoa, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Tese de Doutorado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Editora: Coimbra, 2004.

Notícias STF. 2009. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>. Acesso em 31 de agosto de 2015.

OLEA, Manuel Alonso. PLAZA, José Luis Tortuero. **Instituciones de seguridade social**. Madrid, Espanha, Editorial Civitas, 14ª ed., 1995.

ROCHA, Zilton. Os Tribunais de Contas e os desafios para a promoção do controle social. **Revista TCMRJ**, Rio de Janeiro, 2011.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito previdenciário esquematizado**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. Ed. **Revista e Ampliada**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Disponível em:  
<[http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt\\_busca=%20Ingo%20Wolf](http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Ingo%20Wolf). Acesso em: 10 de outubro de 2015.

SANTOS, Marisa Ferreira Dos. **Direito Previdenciário**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Previdenciário Esquemático. 4ª edição.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo: Teoria e Prática.** São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª Ed. Revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n.57, de 18.12.2008).** Editora: Malheiros Editores. 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo.** 9 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional. 11ª Ed. Revista e Atualizada.** São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

TOMMASELLI, Giselle de Melo Andr. **O Poder Judiciário e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. Monografia.** 2000.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social.** 2ª ed. Editora Saraiva, 2008.

VALLE, Vanice Lírio do. **Participação, formulação de escolhas públicas e controle.** Revista TCMRJ, Rio de Janeiro, 2011.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios.** São Paulo: LTr, 2005.

VUOLO, Cassyra L. O Controle Social e sua Interface com os Tribunais de Contas: A Experiência do TCE/MT. **Tribunais de Contas Integração dos Controles, Eficiência e Eficácia no Gasto Público.** In: CONGRESSO NACIONAL DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL, 25, Anais... Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

63 TRF 4ª Região, AC 256440/SC, 4ª Turma, Rel. Juiz Alcides Vettorazzi, DJU 20/6/2000, p. 376.

TRF 1ª Região, AC 1000036946/DF, Rel. Juiz Julier Sebastião da Silva, DJ 27/8/2001, p. 2595.

