

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TURMA ESPECIAL DE CHAPECÓ-MINTER

Gilmar Paulo Hauschildt

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: GARANTIA
INTEGRAL A PARTIR DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira

Florianópolis
2011

Catálogo na fonte elaborada pela Biblioteca
da
Universidade Federal de Santa Catarina

H376d Hauschildt, Gilmar Paulo,

O direito fundamental à saúde [dissertação] : sua garantia integral a partir da dignidade da pessoa humana / Gilmar Paulo Hauschildt ; orientadora, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. - Florianópolis, SC, 2011.

201 p.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direitos civis. 3. Direito à saúde. 4. Dignidade. I. Oliveira, Olga Maria Boschi Aguiar de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. III. Título

CDU 34



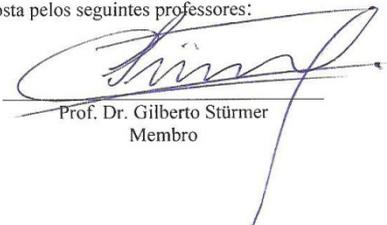
Programa de Pós-Graduação em Direito
Universidade Federal de Santa Catarina
Centro Ciências Jurídicas
Campus Universitário - Trindade
Caixa Postal 476
Cep: 88040-900 - Florianópolis - SC - Brasil
E-mail: seccpgd@ccj.ufsc.br

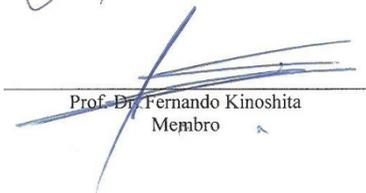
“O direito fundamental à saúde: sua garantia integral a partir da dignidade da pessoa humana”

Gilmar Paulo Hauschildt

Esta dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes professores:


Prof.ª Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de
Oliveira
Orientadora


Prof. Dr. Gilberto Stürmer
Membro


Prof. Dr. Fernando Kinoshita
Membro

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador

FLORIANÓPOLIS, (SC) OUTUBRO DE 2011.

Fone (48) 3721-9287

Fax: (48) 3721-9733

<http://www.ppgd.ufsc.br/>

*Àqueles que sofrem ou sofreram devido às falhas do
sistema público de saúde neste país.*

AGRADECIMENTOS

À Lorivânia, minha esposa, e aos meus filhos Luís Eduardo e Giulia, pelas incontáveis vezes em que a elaboração deste trabalho preteriu nosso convívio.

À Professora Olga de Oliveira, pelas preciosas sugestões e revisões na orientação desta pesquisa.

*Há homens que lutam um dia e são bons;
Há outros que lutam um ano e são melhores;
Há os que lutam muitos anos e são muitos bons;
Mas há os que lutam toda a vida,
Estes são os imprescindíveis.*

Bertold Brecht

RESUMO

Este trabalho teve por objetivo analisar as normas constitucionais de cunho prestacional no que se referem ao direito à saúde e sua integralidade. Aspectos históricos relacionados aos direitos fundamentais e sua institucionalização em nível constitucional assim como o alcance e a eficácia normativa decorrente de seus comandos, conjugando o conjunto normativo no sentido de extirpar eventuais antinomias, também foram objeto de análise. A saúde, enquanto direito social vinculado a prestações positivas a cargo do Estado, demanda elevada dispensação de gastos, o que põe em confronto normas de cunho orçamentário e normas de direitos sociais. Considerando que a saúde representa, em última análise, o direito à vida, se encontra albergada em um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988: o princípio da dignidade da pessoa humana, o que lhe outorga o qualificativo de norma de preponderância. Assim, eventuais incursões legislativas que visem à diminuição ou à supressão de direitos sociais encontram óbice no texto constitucional, notadamente pela cláusula de proteção conferida aos direitos fundamentais por parte do Legislador Constituinte. O Poder Judiciário, na qualidade de guardião da legalidade normativa, tem se mostrado sensível às demandas sociais, reconhecendo que o direito à saúde não se encontra vinculado a quais objeções, ainda mais as de caráter orçamentário, e que os princípios encartados na Constituição de 1988 são suficientemente aptos a garanti-lo de forma plena e integral a toda população. Entretanto, ao mesmo tempo em que se reconhece a existência de um dever Estatal com o direito à saúde, reconhece-se a existência de um dever individual, na proporção de que, cuidar preventivamente da própria saúde importa a não-utilização de recursos públicos, os quais poderão ser utilizados no tratamento da saúde dos demais membros da coletividade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Integralidade do direito à saúde. Princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the constitutional nature of prestacional in referring to their right to health and wholeness. Historical aspects related to fundamental rights and their institutionalization in the constitutional level as well as the scope and effectiveness due to their normative commands, combining the set of rules in order to weed out any contradictions, were also examined. Health, while social rights linked to positive benefits borne by the state, high demand dispensing costs in comparison which puts stamp budget rules and standards of social rights. Whereas health is ultimately the right to life, is housed in one of the fundamental principles of the Constitution of 1988: the principle of human dignity which gives it the qualifying standard of preponderance. Thus, any legislative incursions aimed at the reduction or elimination of social rights are constitutional obstacle in the text, notably by the clause to protect the fundamental rights conferred by the constitutional legislator. The judiciary, as guardian of legal rules, has been shown to be sensitive to social demands, recognizing that the right to health is not tied to what objections, even more of a budgetary nature, and that the principles of advertising space in the 1988 Constitution are sufficiently able to guarantee you a full and integral to the whole population. However, while acknowledging the existence of a duty to the State the right to health, it is recognized that there is an individual duty, in the proportion that preventive care of their health care in the non-use of public resources to which can be used to treat the health of other members of the community.

Keywords: Fundamental social rights. The right to full health. The principle of human dignity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Complementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição Federal
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos
STF	Supremo Tribunal Federal
SUDS	Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	20
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	24
1.1 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
1.2 HISTORICIDADE E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
1.3 NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: EFICÁCIA E ALCANCE DE SEUS COMANDOS	32
1.3.1 As normas constitucionais segundo sua eficácia prospectiva	38
1.3.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena.....	40
1.3.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida	41
1.3.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada	44
1.3.2 O princípio da supremacia da constituição como mecanismo de interpretação das normas	46
1.4 ASSENTO CONSTITUCIONAL DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	49
1.5 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE	55
2 O DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	61
2.1 O DIREITO À SAÚDE COMO DECORRÊNCIA PRESTACIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS	61
2.1.1 Direitos a prestações em sentido amplo	63
2.1.2 Direito a prestações em sentido estrito	64
2.1.3 A dimensão prestacional como garantia do mínimo existencial	65
2.2 A INTEGRALIDADE DO DIREITO À SAÚDE – CONTEÚDO AMPLIATIVO/EXTENSIVO DAS NORMAS CONTEMPLADORAS DE DIREITOS SOCIAIS	70
2.3 AÇÕES ESTATAIS DE CARÁTER PROSPECTIVO RELACIONADAS AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	76

2.3.1 Programas adotados pelo Estado em prol da integralidade da saúde.....	77
2.3.2 O enfrentamento de patologias relacionadas aos componentes humanos, classe ou grupo de propensão.....	79
2.4 OBJEÇÕES AO CUMPRIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – COLISÃO DE NORMAS E TÉCNICAS DE SOLUÇÃO.....	80
2.4.1 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais.....	81
2.4.2 A divisão do poder e a invasão de competências.....	83
2.4.3 A insuficiência de recursos financeiros para o atendimento das demandas relacionadas à saúde da população	87
2.4.4 Antinomia entre normas constitucionais e técnicas de solução.....	91
3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIRETRIZ HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	96
3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO DIRETRIZ BÁSICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: CONTEÚDO E ALCANCE DA EXPRESSÃO.....	97
3.2 A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO DAS NORMAS CONTEMPLADORAS DE DIREITOS SOCIAIS COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	103
3.2.1 Eficácia protetiva do conteúdo dos direitos fundamentais contra atos do legislador regulamentador.....	106
3.2.2 A garantia do núcleo fundamental das normas contempladoras de direitos sociais frente à ação do legislador regulamentador.....	110
3.3 A PERSPECTIVA TRANSINDIVIDUAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DEVERES DE FRATERNIDADE.....	113
3.3.1 Fraternidade: reflexos sociais da Tríade Francesa.....	114
3.3.2 Os reflexos coletivos dos comportamentos individuais em sede de dignidade da pessoa humana.....	116
3.3.3 As obrigações decorrentes dos deveres individuais em prol da dignidade da pessoa humana enquanto deveres de cooperação.....	118

3.4 UMA RELEITURA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.	121
4 CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	127

INTRODUÇÃO

A incessante busca por melhores condições de vida tem levado a humanidade a repensar o conjunto normativo de regência das relações sociais e intentado institucionalizar uma série de direitos, antes reconhecidos a apenas uma parcela não muito significativa da população: aquela que detinha a força do poder e o domínio dos meios de produção. A doutrina do Estado do bem-estar social ou Estado-providência, fruto quase-maduro de uma nova ordem jurídica surgida na Europa e que espalhou tentáculos por todo o planeta, ainda que não tenha sido o apogeu do reconhecimento dos direitos fundamentais do ser humano, teve por mérito contemplar valores até então ignorados por boa parte das ordens jurídicas soberanas. Impende observar que a luta pela conquista de “novos direitos” levou séculos até alcançar o atual estágio evolutivo, e o retrospecto histórico dessa evolução tem demonstrado o quão custoso, notadamente em termos de vidas humanas, foi o preço pago por aqueles que ousaram enfrentar o aparato do Estado e de seus asseclas na luta por mais dignidade. Não é de se esquecer que acontecimentos históricos de alcance planetário, principalmente as duas grandes guerras e toda a atrocidade praticada contra os direitos humanos nesse período, tiveram papel preponderante nesta nova ordem de valores.

Tal processo histórico teve marcante influência sobre o legislador constituinte brasileiro que, sensível à nova ordem de valores, optou por incluir na Constituição Federal de 1988 um vasto catálogo de direitos sociais, notadamente os de cunho prestacional. A institucionalização desses “Novos Direitos” tem rendido expressivos debates em nível de academia e as mais díspares posições doutrinárias e jurisprudenciais têm sido defendidas, em especial quanto ao alcance das normas contempladoras dos direitos derivados a prestações materiais. A eficácia dos comandos normativos eleitos pelo legislador constituinte como integrantes do núcleo fundamental da nova ordem jurídica inaugurada pela “Constituição Cidadã” tem levado boa parte dos estudiosos do direito a buscar soluções, não raras vezes impetuosas, no equacionamento de valores nem tanto contrapostos quanto aparentemente parecem se apresentar.

Se a Constituição Federal hospedou entre suas normas, regras contempladoras de direitos prestacionais algum, valor a elas reconheceu o legislador originário. Nunca é demasiado consignar que a interpretação das normas constitucionais se dá obedecendo, dentre outros, ao princípio da integralidade do ordenamento e, neste aspecto, o

legislador constituinte consignou com clareza meridiana que a República Federativa do Brasil tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. Assim, o direito a prestações positivas do Estado em prol da efetivação dos direitos sociais, notadamente do direito à saúde, em toda a extensão do seu conceito e em toda sua amplitude, é direito de todos e dever do Estado. A implementação de programas sociais de cunho prospectivo, seja na área educacional, de saneamento básico, o fornecimento de remédios ou até de alimentos faz parte de políticas sociais a cargo do Estado. Contudo, a adoção de comportamentos individuais relacionados à prevenção de doenças, como a otimização de saudável dieta alimentar, a submissão a exames preventivos e a campanhas universais de vacinação, aliados a exercícios físicos regulares, é dever de todos para consigo mesmos e para com o pleno desenvolvimento da sociedade. Essa perspectiva transindividual dos direitos fundamentais é facilmente explicável pela lógica de que quanto mais saudável for a população menor será a necessidade da dispensação de recursos públicos para tratamentos relacionados à saúde e, conseqüentemente, maior será a capacidade de investimento do Estado em atividades sociais que a todos beneficie. A prevenção corresponde a uma potencial diminuição de gastos com a cura de doenças manifestas.

Ultrapassadas que sejam as discussões acerca da inevitabilidade de certas doenças e tendo, ou não, o Estado e a população cumprido seus deveres de prevenção, a falibilidade da espécie humana tem se mostrado relutante a algumas patologias que insistem em se manifestar, trazendo sofrimento e preocupação àqueles que dependem do poder público para as providências relacionadas à cura. Neste aspecto, é de se lembrar que o alcance do princípio fundamental encetado na Constituição Federal de 1988 não estabeleceu fronteiras, seja vinculando o direito à saúde e, conseqüentemente, à vida, à existência de recursos orçamentários suficientes para arcar com os custos do tratamento, seja atribuindo limites de acesso aos tratamentos então disponíveis. A frequente negativa de cumprimento dos deveres decorrentes das normas de cunho prestacional tem levado os entes públicos a negar os mais mezinhos direitos da população, direcionando-a ao Poder Judiciário que, como guardião de toda ordem jurídica, reconhecendo a existência de um direito preponderante num juízo de sopesamento de valores, determina não mais que o cumprimento das normas constitucionais.

Uma das mais importantes razões da existência do ordenamento jurídico é o bem-estar de toda população. Se o Estado não puder acolher os direitos mais significativos da ordem jurídica por si

institucionalizados, sua missão de tutor dos interesses de seu povo restará comprometida e toda ordem de direito não terá valor. A luta pela conquista de novos direitos e pela aplicabilidade dos já institucionalizados não pode ser relegada ao esquecimento. O direito se faz a cada momento evolutivo da humanidade e não passará um dia em que uma força contrária aos direitos sociais deixará de se postar de plantão para negar o alcance dos comandos normativos institucionalizados.

A saúde, no mais amplo aspecto do conceito, representa mais que a mera ausência de doenças; representa bem-estar, qualidade de vida, dignidade. Dignidade como um conceito que se propaga no seio de toda sociedade e que busca sempre agregar mais direitos ao ser humano, alguns com mais necessidades que outros e, dentre as necessidades, algumas mais prementes que outras. Defender políticas relacionadas à saúde é defender a vida - bem maior de todo ser humano -, protegida pela Constituição Federal como direito intangível.

Consignados esses aspectos, o presente trabalho, num primeiro momento, abordará a síntese histórica relacionada ao surgimento e evolução dos direitos fundamentais do ser humano em nível mundial até a inserção destes na Constituição Federal de 1988; a classificação dos direitos fundamentais, aplicabilidade das normas constitucionais de regência, alcance e eficácia de seus comandos, especialmente as relacionadas aos direitos sociais.

Num segundo passo, serão contemplados os direitos sociais de cunho prestacional e os comandos normativos que lhes dão suporte, assim como algumas políticas públicas de cunho prospectivo levadas a efeito pelo poder público no cumprimento do dever constitucional relacionado ao atendimento integral da saúde da população.

Finalizando a pesquisa, não serão descuidadas de análise as objeções formuladas pelo Estado na desincumbência do dever constitucional de atendimento integral das demandas relacionadas à saúde da população, assim como serão objeto de estudo as técnicas de interpretação das normas constitucionais no que dizem respeito aos direitos fundamentais, conjugando valores albergados pela Constituição Federal de 1988, dando primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A relevância jurídica do tema encontra suporte no meio acadêmico face às frequentes objeções formuladas pelo Estado na tentativa de imiscuir-se do dever constitucional de atendimento às demandas da saúde, o que por si só é suficiente para embasar a presente pesquisa. O ponto de relevo de toda argumentação levará em conta o

princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento reitor da Constituição Federal de 1988, incluindo-se, destarte, conforme os normativos institucionais, na área de concentração, Direito, Estado e Sociedade e, na linha de pesquisa, Direito, Estado e Constituição.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

1.1 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ser humano sempre direcionou esforços para a obtenção de facilidades que tornassem sua vida mais digna¹. Moldou os mais difíceis obstáculos, comemorou inúmeras vitórias e amargou numerosas derrotas. Instituiu comportamentos padronizados que denominou normas, nelas inserindo um vasto catálogo de regras, reconhecendo direitos e determinando deveres.

Entretanto, a evolução da natureza humana sempre deixou algo em aberto, uma necessidade não atendida, uma reivindicação não cumprida: direitos a serem conquistados. Inconformado com isso, o ser humano empreendeu os mais vigorosos esforços visando serem esses direitos reconhecidos e institucionalizados, lutando, não raras vezes, contra as mais radicais fontes de poder que, em sentido contrário, buscavam a manutenção das situações fáticas imperantes. Porém, quando o resultado da luta pela conquista desses “novos direitos”² vindicados resultava no seu reconhecimento e institucionalização, o ser humano - talvez satisfeito com a vitória até então alcançada -, “olvidava-se de efetivar suas conquistas, relegando-as ao esquecimento”^{3, 4} e, ainda que inseridos no texto normativo, careciam de fixação de seus contornos de eficácia já que “Um direito só existe juridicamente a partir da sua positivação, que estabelece seu exato alcance”⁵.

¹ A expressão vida digna, utilizado no texto, tem o sentido de vida com mais comodidade, diferentemente do termo dignidade, de caráter jusfilosófico, cunhado por Immanuel Kant e resgatado em inúmeras passagens doutrinárias na atualidade.

² Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens. (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 3.

³ HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 128-9.

⁴ Em especial passagem de sua obra, Herrera Flores (2009, p. 135), leciona que: “Os direitos humanos não são categorias harmônicas situadas em planos ideais de consenso, pois existe uma sucessão de experiências discrepantes de direitos humanos que é necessário saber tratar. [...] Não há pior caminho para os direitos humanos que reduzi-los a direitos já conseguidos e já fundamentados” (destaque do autor).

⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 51.

Atentos a estes fatores, os detentores do poder em cada momento histórico, estrategicamente, incluíam os direitos conquistados em um catálogo de normas não auto-exercitáveis, negando-lhes, conseqüentemente, a necessária eficácia, tornando-os letra morta enquanto direitos potestativos, porquanto é historicamente reconhecido que “a institucionalização supõe a diminuição e esquecimento das relações conflitantes”⁶ remetendo os direitos institucionalizados ao “limbo dos conceitos.”⁷

Dentre os tantos direitos pelos quais o ser humano empreendeu luta para conquistar, possivelmente sejam os direitos fundamentais que maiores esforços demandaram para serem adquiridos e não há como analisar a inserção destes nos catálogos jurídicos de qualquer civilização sem estar atento ao contexto histórico, político, econômico, jurídico e social em que foram moldados, porquanto as forças gravitantes em cada época e em cada conjunto de instituições políticas e sociais de cada momento histórico, sempre representaram uma fonte de obstáculos ao reconhecimento dos mais diversos direitos sendo, pois, “indispensável o conhecimento das instituições, já que estas outorgam o suporte a essa estrutura cognitiva”⁸, sem o que não nos habilitará a compreender todo o fenômeno das relações jurídico institucionais.

A inserção dos direitos fundamentais no corpo normativo de uma determinada ordem jurídica, notadamente em nível constitucional, é que lhes outorga a necessária expressão de validade, principalmente se considerado que é na constituição que todas as regras se inspiram e buscam validade enquanto normas jurídicas⁹.

No Brasil, os direitos fundamentais, a partir da Constituição Federal de 1988, foram eleitos pelo legislador constituinte como integrantes do núcleo informativo da ordem jurídica matriz, adquiriram elevado *status* normativo e foram galgados, por conta da regra inserida no parágrafo segundo do art. 5º e no inciso IV do parágrafo 4º do art. 60 de seu texto, a gozar de diferenciado reconhecimento e qualificação, alicerçando-se como normas de conteúdo formal e material.

A materialidade dos direitos fundamentais decorre da correspondência entre o núcleo essencial dos valores axiológicos eleitos como fundamentos da República pelo legislador constituinte, representando a decisão política organizativa da estrutura de Estado e da

⁶ HERRERA FLORES, J. *op. cit.*, p.129.

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ Idem, p. 128.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

própria sociedade, o que permite a inclusão de tantos outros direitos – fundamentais - quantos se façam necessários em cada momento evolutivo social sem que com isso se façam necessárias quaisquer alterações legislativas no texto constitucional, porquanto os direitos fundamentais fazem parte da própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

Já a dimensão formal dos direitos fundamentais se opera no sentido de que eventual modificação das normas definidoras de direitos fundamentais sofre restrições, além do aspecto material e da garantia imprimida pela cláusula de petreabilidade de seus conteúdos, exigindo uma necessária formalidade procedimental para imprimir-lhes qualquer alteração de conteúdo restritivo ou supressivo.

Se, sob o aspecto do conteúdo material e formal das normas constitucionais, a doutrina se apresenta uniforme, o mesmo não ocorre quanto ao alcance e eficácia de seus comandos, porquanto as mais variadas e discrepantes opiniões gravitam a respeito. Certo, porém, que é do esforço levado a cabo pelos intérpretes das normas jurídicas - doutrinadores e operadores do direito - que se tem logrado êxito em cada vez mais ampliar o rol dos direitos e das garantias fundamentais, sempre no intuito de conceber uma sociedade mais justa e solidária, dando guarida ao princípio fundamental maior inserido na Constituição de 1988: o da dignidade da pessoa humana.

1.2 HISTORICIDADE E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A retrospectiva histórica dos direitos fundamentais tem íntima relação com o surgimento da moderna noção de Estado Constitucional. Nas palavras de Sarlet¹⁰, resgatando ensinamento da doutrina alemã de Stern:

[...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que dar razão aos que

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.

Na Inglaterra do século XIII, foi onde pela primeira vez os direitos fundamentais – ou direitos humanos em sua origem – resultaram reconhecidos no documento que, mais tarde, seria a peça básica da Constituição Inglesa. Destarte, foi a *Magna Charta Libertatum* de 1215¹¹, decorrente do pacto firmado entre o Rei João Sem Terra, os bispos e barões ingleses, o marco do surgimento de regras constitucionais limitadoras do poder absoluto do Estado, expressado, até então, no absolutismo monárquico e que mais tarde possibilitaria o reconhecimento de direitos do homem – humanos e fundamentais –, alastrando-se a outros estratos da sociedade que não os pertencentes à nobreza¹².

A inserção de um catálogo de direitos fundamentais na Constituição Inglesa foi o primeiro passo para o reconhecimento de direitos ao ser humano, ainda que na essência abarcassem apenas a proteção dos barões e dos homens livres - poucos àquela época -, desencadeando movimentos de luta que mais tarde culminariam em institucionalizá-los em outras ordens soberanas, alastrando-se por toda Europa.

Anteriormente a isso, ainda que sem a força normativa atribuída ao documento da Inglaterra, outras monarquias europeias, principalmente a portuguesa e a espanhola, admitiam direitos que, segundo alguns registros históricos, poder-se-iam ter por direitos fundamentais. Entretanto, tais documentos fazem referência a meras declarações isoladas de direitos e não a normas inseridas no corpo normativo de suas constituições, caracterizando-se pelo reconhecimento

¹¹ A Magna Carta (significa “Grande Carta” em latim), cujo nome completo é Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae (Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês), é um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do Rei João, que o assinou, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Resultou de desentendimentos entre o rei, o papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à lei. Considera-se a Magna Carta o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo. In: Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Magna_Carta>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹² SARLET, I.W. *op. cit.*, p. 41.

efêmero de direitos, de caráter nitidamente individuais conhecidos como os “pactos, os forais e as cartas de franquia”¹³.

Movimentos surgidos séculos mais tarde, que culminaram na Declaração da Virgínia, de 1776, e na Revolução Francesa, de 1789, inserem-se como os antecedentes históricos que contribuíram como maior legado à conquista e institucionalização dos direitos fundamentais do ser humano¹⁴, ainda que restritos à liberdade, à segurança, à propriedade e seus consectários políticos, olvidando-se em contemplar qualquer direito de cunho social, econômico ou cultural.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, antecessora da declaração de independência das colônias americanas em relação à Inglaterra, objetivava o reconhecimento de igualdade e independência, ditando que “todos os homens são por natureza livres e independentes, detentores de certos direitos e prerrogativas das quais não poderão ser despojados, sendo-lhes inerentes, ainda que se venham a alterar os acordos de sociedade”¹⁵. Embora consubstanciada na liberdade natural do ser humano, do qual derivava toda fonte de poder que a depositava no Estado – e exercida por intermédio de seus representantes, os magistrados –, concebia a obrigação deste em zelar pelo bem comum e de prover segurança e proteção a toda a comunidade. Abrigava, em maior parte referida declaração, o reconhecimento do direito de propriedade e a garantia de sua transmissão póstuma.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, pelo contexto histórico e social que lhe deu origem, foi quem maior contribuição legou ao catálogo de direitos fundamentais do ser humano. Nitidamente inspirada em ideais de igualdade, liberdade e fraternidade – os três pilares da Revolução que culminou com a queda da Bastilha –, a Declaração Francesa, resultante do movimento que teve o auge na “derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França”¹⁶, teve por mérito a inclusão de valores liberais e de igualdade

¹³ BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 6.

¹⁴ Registramos a crítica feita à expressão direitos fundamentais da pessoa humana por Vladimir Brega Filho para quem “Os direitos fundamentais estão relacionados à pessoa humana, pois, como já dissemos anteriormente, os direitos fundamentais são aqueles necessários para garantir uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana. Não existem, portanto, direitos fundamentais dos animais, das árvores. É certo que o meio ambiente equilibrado é direito fundamental, mas tem por objeto a proteção da vida humana, a garantia de uma vida sadia”. (BREGA FILHO, V. *op. cit.*, p. 71).

¹⁵ É o que consta na cláusula primeira da Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776.

¹⁶ SARLET, I.W. *op. cit.*, p. 44.

calçados numa visão antropocêntrica de caráter universalista, ao contrário da Declaração Americana.

A Declaração da Virgínia e a de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração Francesa de 1789 é mais abstrata, mais “universalizante” [...] ¹⁷

Porém, tanto uma quanto outra, reconheceram “ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis”¹⁸ exercitáveis por todos os homens e não apenas por algumas “castas ou estamentos”¹⁹. Nestas declarações restou inserido o “reconhecimento da liberdade, da igualdade, da propriedade, da segurança e da resistência à opressão, da liberdade de religião e do pensamento”²⁰.

Outros documentos se seguiram à Declaração Francesa de 1789, espalhando por boa parte da Europa os ideários inspiradores de liberdade, igualdade e fraternidade: a Revolução de Paris, de 1848; a Encíclica Papal *Rerum Novarum*, de 1891; a Constituição Mexicana, de 1917, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, na União Soviética; a Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha²¹. Mas foi o documento assinado em 1948, na sede da Organização das Nações Unidas – ONU²², entidade criada com o objetivo de conceber igualdade entre as grandes e pequenas nações após o término da Segunda Guerra Mundial por conta das experiências de desrespeito aos direitos dos seres humano que emergiram durante o conflito, que reconheceu de vez a existência de direitos aos seres humanos, independentemente de origem, etnia, cor, credo e ou filiação ideológica. Registre-se que, após a Primeira Guerra Mundial, o discurso

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17.ed. rev. atualizada nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 24, de 9.12.1999). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 161.

¹⁸ SARLET, L.W. *op. cit.*, p. 44.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

²⁰ DIMOULIS, D.; MARTINS, L., *op. cit.*, p. 24.

²¹ Tanto a Constituição Mexicana de 1917 quanto a Constituição de Weimar de 1919, representaram a mais evidente quebra de paradigma do pensamento liberal calcado exclusivamente na igualdade política e passaram a contemplar direitos sociais de cidadania fundamentados na igualdade social, expressando valores de solidariedade, econômicos e culturais em evidente acolhimento dos direitos fundamentais.

²² A estrutura, composição e objetivos da Organização das Nações Unidas, assim como o inteiro teor da declaração firmada em 10 de dezembro de 1948 poderão ser conferidos no site oficial da entidade, no endereço <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>.

liberal de cidadania fundamentado exclusivamente na liberdade política, muda de ideário e passa a contemplar valores de cidadania social, notadamente os de liberdade e igualdade.

Concebida para ser um documento de vinculação obrigatória a todos os governos e em benefício de todos os povos, especialmente por causa da representatividade de mais de vinte países que faziam parte de referida organização, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi redigida em trinta artigos com um preâmbulo de sete considerandos, exaltando a existência de direitos inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis ao ser humano que, calcados na liberdade, justiça e paz, possibilitariam dignidade à pessoa humana. Tal concepção restou evidente pelo conteúdo inserido nos artigos 1º a 3º, em que se deu primazia aos direitos de cunho civil e políticos decorrentes do status da cidadania; e, dos artigos 4º ao 30º, o reconhecimento e institucionalização de uma elevada gama de direitos sociais, econômicos e culturais em evidente valorização da pessoa humana e dos consectários da dignidade. A principal inovação decorrente do extenso leque de direitos institucionalizados pela Declaração de 1948 é o que diz respeito a uma nova vertente de pensamento, resultante da combinação do discurso liberal de cidadania com o discurso social de direitos humanos, o que determinou a inclusão de direitos até então sonogados a uma grande parte dos povos.

No Brasil, pelo fato de a formação legislativa pós-independência restar impregnada das influências herdadas da Coroa Portuguesa, ligada, assim, umbilicalmente ao direito alienígena, situação diferente não ocorreu. O social sempre foi objeto de acaloradas discussões, seja no meio político, acadêmico, religioso, seja no seio de qualquer organização de defesa dos direitos fundamentais, uns argumentando na qualidade de defensores, outros de opositores; entretanto, foi do embate dessas forças que afloraram conquistas memoráveis que ainda hoje perduram, até porque a institucionalização dos direitos sociais, mesmo que de forma lenta e gradativa, por decorrência das peculiaridades de cada época, se estabeleceu em nível constitucional. “As constituições brasileiras sempre integraram nos seus textos declarações dos direitos do homem [...]”.²³

Lançando-se um olhar pretérito aos textos das constituições brasileiras, iniciando-se com a Constituição do Império de 1824 – inspirada em ideais de liberdade –, verifica-se a institucionalização de

²³ BREGA FILHO, V. *op. cit.*, p. 31.

razoável catálogo de direitos individuais, notadamente os de “primeira geração”.²⁴

As constituições que se seguiram – 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 – unanimemente, deram especial atenção aos direitos fundamentais, destacando-se a Constituição de 1934 que, pelo contexto histórico em que restou inserida, inaugurando o “Estado Social Brasileiro”²⁵ inseriu normas reconhecendo, além dos tradicionais direitos individuais, “uma série de direitos sociais”²⁶ de cunho coletivo.

Na atual Constituição Federal, oriunda do trabalho levado a cabo pela Assembleia Geral Constituinte, em outubro de 1988, as normas definidoras de direitos fundamentais – individuais e coletivos – obtiveram elevado status, sendo guinadas a normas de aplicabilidade imediata, inseridas no texto maior com o qualificativo de cláusulas pétreas por força do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60. É sempre bom lembrar que a Constituição de 1988 representou a alteração da forma de governo no Brasil: de regime fechado e totalitário para regime participativo e democrático, projetando influências consideráveis em relação aos direitos fundamentais, notadamente os de índole política e social.

Desde logo, cumpre rememorar que a nossa Constituição, no âmbito da fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, previu, expressamente, em seu art. 5º, parágrafo 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal formulação, à evidência, traduz uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador

²⁴ A classificação dos direitos em gerações teve origem na obra “A Era dos Direitos”, de Norberto Bobbio. Hoje, porém, a doutrina é unânime em tratar o tema, destacando-se autores mais atuais, como José Alcebíades de Oliveira Júnior e Antônio Carlos Wolkmer – apenas para citar alguns, porquanto o rol não é exaustivo – que classificam os direitos fundamentais em dimensões, baseados no pressuposto de que o termo geração transmite a falsa ideia de supressão, quando na verdade os direitos fundamentais são cumulativos a cada geração, somando-se aos já existentes outros que venham a ser conquistados.

²⁵ BREGA FILHO, V. *op. cit.*, p. 34.

²⁶ Idem, *ibidem*.

infraconstitucional, para que possam vir a gerar plenitude de seus efeitos.²⁷

Assim, é da análise do texto constitucional que se verifica a força normativa das normas jurídicas²⁸. Toda constituição é produto histórico de uma determinada época, é “[...] resultado de algo que se encontra em relação concreta e viva com as forças sociais, em determinado lugar e em determinada conjuntura histórica [...]”²⁹, ficando a cargo do legislador tão-somente o papel de “[...] reunir e sistematizar esses dados concretos num documento formal [...]”³⁰ dando concretude jurídica à vontade do povo, que em última análise é o detentor do poder por conta da formação do Estado mediante contrato, pois “[...] somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica [...]”³¹ tem eficácia para gerir a vida em sociedade, representando os anseios de sua população.

1.3 NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: EFICÁCIA E ALCANCE DE SEUS COMANDOS

Cunhados para garantir direitos dos indivíduos frente ao Estado – dimensão negativa e ou positiva -, os direitos fundamentais sociais abarcam uma categoria diferenciada de direitos que, ao contrário de representarem privilégios individuais, representam a possibilidade de reivindicação de atitudes negativas ou positivas do Estado em relação a situações concretas de necessidade, considerando que o Estado é o destinatário dos deveres de implementar políticas públicas aptas a tal intento e garantidor do bem-estar de sua população, devendo amparar suas necessidades da forma mais completa possível, seja mediante prestações positivas materiais, seja defendendo-a de eventuais ingerências de terceiros.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ -, n. 10, jan/2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

²⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 16.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7.ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22.

³⁰ Idem, *ibidem*.

³¹ HESSE, K. *op. cit.*, p. 16.

Nessa esteira, Sarlet³² salienta que:

[...] para a atuação dos direitos fundamentais como deveres de proteção ou imperativos de tutela, implicando uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, tanto preventiva, quanto repressivamente, inclusive quando se trata de agressões oriundas de particulares.

Notadamente, foi a partir da inclusão dos direitos humanos e fundamentais no catálogo constitucional que estes passaram a gozar de posição privilegiada, demandando especial proteção do Estado, atribuindo a todos, em especial ao Poder Judiciário, a tarefa de guardião dos valores substantivos. Essa concepção não se restringe à Constituição Brasileira, como assevera Olsen³³:

De fato, a tônica da grande maioria das constituições do século XX foi a elaboração de um rol de direitos fundamentais, os quais têm estrutura normativa aberta e indeterminada, e que representam os valores consolidados em cada comunidade. A partir desta inevitável dimensão material, caberia aos juízes garantir que estas normas fossem efetivamente aplicadas, respeitadas pelos demais poderes constituídos, pelas entidades privadas e pelos particulares.

A concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais representa, além da garantia de irredutibilidade do catálogo normatizado, a possibilidade de inclusão de outros direitos advindos dos “valores consolidados”³⁴ na sociedade em cada momento histórico.

Dessa banda, o catálogo de direitos fundamentais encartados na Constituição Federal Brasileira de 1988 abarca, além dos direitos explicitamente reconhecidos pelo legislador e previstos em diversos

³² SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 119.

³³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná - Curitiba, 2009, p. 299-300.

³⁴ Idem, p. 299.

artigos de seu texto³⁵, outros que sejam decorrentes dos princípios e diretrizes por ela adotados³⁶.

Impende observar, sob esta perspectiva, que a Constituição de 1988 é um sistema aberto de inclusão de direitos fundamentais, possibilitando que sejam alçados em nível constitucional direitos fundamentais não positivados por ocasião da promulgação da norma fundamental, desde que decorram da vontade do legislador ordinário em ato de criação normativa via processo legislativo próprio, e ou da adesão em acordo internacional de que o Brasil venha a ser signatário.³⁷

Sob a ótica aberta e expansiva que caracteriza o catálogo constitucional dos direitos fundamentais inseridos na Constituição de 1988, Souza³⁸ realiza importante análise afirmando que as exigências evolutivas da própria sociedade permitem - senão exigem - o surgimento de novos direitos que poderão desfrutar do caráter de fundamentalidade e integrar o rol normativo constitucional.

Uma vez que seja receptível a novos conteúdos e desenvolvimentos, o rol dos direitos fundamentais passa a estar integrado não só com a ordem constitucional, mas com a própria sociedade. O caráter da abertura é, além de mecanismo para acompanhar a evolução jurídica, um importante fator de proteção ao ser humano, pois, se assim não o fosse, inviabilizada estaria a aplicação desses direitos em face de casos inéditos, em que a complexidade necessite do nascer de novos direitos ou, no mínimo, de uma redefinição no alcance da aplicação.

³⁵ Conforme se observa da literalidade do texto constitucional, mais especificamente do § 2º do art. 5º e do art. 6º, verbis: Art. 5º... § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³⁶ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 161.

³⁷ É o que se encontra expresso no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

³⁸ SOUZA, André Barbieri. **Direitos fundamentais**: entre as restrições e o núcleo essencial (considerações sobre o julgamento do caso Ellwanger). Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação - Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil - Curitiba, 2009, p. 37.

Essa perspectiva materialmente aberta do catálogo dos direitos fundamentais³⁹ busca, de um lado preservar contra qualquer ingerência os direitos institucionalizados e, de outro, a ampliação do rol dos direitos já reconhecidos e, uma vez que estes sejam incluídos no texto constitucional, passam a gozar da mesma garantia estampada no inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal em relação aos direitos e garantias fundamentais originariamente inseridos no texto maior pelo legislador constituinte.

Sob este aspecto – da dimensão aberta do catálogo dos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988 - decorre a classificação dos direitos fundamentais em duas categorias: a dos direitos fundamentais formal e materialmente constitucionais e a dos direitos fundamentais apenas materialmente constitucionais. A primeira categoria abrange os direitos inseridos no texto constitucional de forma escrita e não-escrita - positivados ou decorrentes dos princípios adotados como fundamentos retores pela Constituição brasileira. Já a segunda categoria engloba aqueles direitos fundamentais não-positivados no texto constitucional, mas que decorram de tratados de que a República Federativa do Brasil seja signatária. Convém assinalar, entretanto, que tanto uma quanto outra das categorias, embora com as devidas divergências doutrinárias que gravitam acerca do assunto, gozam das garantias constitucionais de petreabilidade⁴⁰.

Com efeito, essa é a opinião de Brega Filho⁴¹, para quem a interpretação das normas relacionadas aos direitos fundamentais deverá obedecer, invariavelmente, à cláusula de abertura:

Os direitos fundamentais são dotados também de abertura, ou seja, têm possibilidade de se expandirem. Dessa forma, a interpretação das normas relativas aos direitos fundamentais deve ser no sentido da ampliação dos direitos fundamentais ‘buscando a leitura mais favorável que deles se possa fazer’. Isto fica evidente a partir da leitura da chamada “cláusula de abertura” posto no art. 5º, § 2º, da Constituição,

³⁹ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 161.

⁴⁰ Sarlet (2009, p. 163), nesse aspecto, entende que os direitos fundamentais apenas materialmente constitucionais não gozam das mesmas garantias reconhecidas pelo texto constitucional aos direitos formal e materialmente constitucionais, não se inserindo, portanto, na garantia de cláusula pétrea.

⁴¹ BREGA FILHO, V. *op. cit.*, p. 62.

onde o constituinte estabeleceu que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Outra perspectiva que opera especial interesse, para efeitos desta pesquisa, é a que classifica os direitos fundamentais em direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações de cunho material. Os primeiros – constantes da proposta classificatória dos direitos em dimensões e não em gerações, conforme apontado por Wolkmer, em sintonia com Oliveira Júnior e Paulo Bonavides – elencam as garantias necessárias de respeito às liberdades dos indivíduos por parte de ações do Estado. Os segundos permitem exigir do Estado prestações materiais que possibilitem usufruir de uma vida com mais dignidade⁴².

Cuidando especificamente dos direitos fundamentais de caráter prestacional, com amparo nas lições de Sarlet⁴³, tem-se que:

Os direitos fundamentais a prestações enquadram-se, como já visto, no âmbito dos direitos da segunda dimensão, correspondendo à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social do Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições do segundo pós-guerra.

Nesta mesma linha de perspectiva, porém especificamente em relação ao nosso ordenamento constitucional, o referido autor cita⁴⁴:

Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais do catálogo dos direitos e garantias fundamentais.

⁴² HERRERA FLORES, J. *op. cit.*, p. 193-4.

⁴³ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 185.

⁴⁴ Idem, *ibidem*.

As normas inseridas na Constituição dão a entender que o Estado é devedor de prestações de caráter material que deverão ser implementadas, senão mediante políticas públicas – que, se efetivadas, cumpririam com os ditames do ordenamento constitucional – consideradas como o “conjunto de elementos abstratos a serem utilizados para acoplarem-se aos casos concretos”⁴⁵, mediante a judicialização de demandas individuais ou coletivas buscando a garantia constitucional de inafastabilidade de intervenção do poder judiciário ao haver lesão ou ameaça a direito porquanto “[...] não há por parte dos agentes públicos uma liberdade incontrastável na construção de políticas públicas [...]”⁴⁶ sob qualquer argumento “[...] não representando violação ao princípio da separação de poderes (divisão de funções) o exercício do controle por parte do Poder Judiciário, guardião da Constituição.”⁴⁷

Contrariamente à implementação dos direitos sociais, o Estado opõe-se, recorrentemente, sob as mais variadas objeções, sempre na tentativa de imiscuir-se do dever constitucional de proteção e amparo, em especial sob a alegação da inexistência de orçamento apto a dar cabo com os custos financeiros das demandas sociais desaguando sua defesa na teoria da reserva do possível⁴⁸, que melhor sintetizado por Olsen⁴⁹ ao asseverar que a “[...] reserva do possível passou a ser utilizada pela Administração Pública como ‘tábua de salvação’ frente ao ativismo judicial [...]” sem argumento plausível a não ser a inexistência de recursos e “sem que, entretanto, houvesse um esclarecimento acerca de qual o conteúdo compreendido em um conceito tão vago”⁵⁰, ficando a

⁴⁵ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 289.

⁴⁶ Idem, p. 305.

⁴⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁸ A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financeiras financiadas pelos cofres públicos. SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (Org.). **Direitos fundamentais orçamento e reserva do possível**. p. 29. Também sobre o tema, Ana Carolina Lopes Olsen: “Verifica-se que no Brasil a doutrina da reserva do possível sofreu algumas modificações, não sendo aplicada exatamente nos mesmos termos em que foi desenvolvida na Alemanha. Ao que parece, a preocupação inicial com a proporcionalidade e a razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir) deu lugar para a questão da disponibilidade de recursos, o custo dos direitos.” In: OLSEN, A.C. *op. cit.*, p. 235.

⁴⁹ OLSEN, A.C. *op. cit.*, p. 3

⁵⁰ Idem, *ibidem*.

tarefa do Poder Judiciário referendar caso a caso mediante critérios de ponderação.

Especificamente quanto à judicialização das demandas visando prestações positivas do Estado, cumpre trazer a lume a valiosa lição de Torres, ao enfrentar o tema relativo às objeções ao cumprimento do *munus* constitucional relativo aos direitos fundamentais, notadamente os sociais:

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega de prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais de liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc).⁵¹

Eventuais alegações relacionadas à invasão de competências, a inexistência de recursos orçamentários suficientes ao atendimento das demandas prestacionais de cunho social, bem como o regramento quanto à possibilidade de exigência de prestações materiais em desfavor do Estado importará na análise do texto constitucional, notadamente quanto à eficácia de suas normas, assunto que será tratado a seguir.

1.3.1 As normas constitucionais segundo sua eficácia prospectiva

Embora, para os objetivos deste trabalho, apenas em parte interesse a classificação acadêmica relativa às normas constitucionais, convém, por uma questão de melhor clareza do tema ora estudado, tecer algumas considerações acerca dos efeitos por essas propagados no mundo jurídico.

Convém deixar, desde já, registrado, notadamente por que divergências substanciais não se apresentam em relação ao tema, que a Constituição é a norma fundamental de regência das relações jurídicas de uma nação. Assim, ainda que as normas Constitucionais possam ser estudadas sob diversos prismas – considerando também que a doutrina é pródiga em elaborar classificações sob os mais diversos pontos de vista

⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (Org.). **Direitos fundamentais orçamento e reserva do possível**. p. 74.

– não faz parte deste trabalho abordagem tão ampla e os esforços levados a efeito, para melhor compreensão da temática proposta, consistirão tão-somente na análise sob o critério da eficácia. Dessa banda, por uma questão de coerência com o que foi afirmado alhures e por se entender suficiente para efeitos do assunto que aqui se busca tratar, tal enquadramento adotará a classificação tricotômica derivada da doutrina norte americana e sistematizada, entre nós, por José Afonso da Silva, que agrupa as normas constitucionais em três classes: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida; e normas constitucionais de eficácia limitada.

Da classificação apresentada por José Afonso da Silva, e aceita pela maioria dos doutrinadores modernos, nada há que discordar. Porém, com o singelo objetivo de enriquecer aspectos relacionados ao assunto e por razões de atualidade, é importante trazer a lume a não-divergente - ao contrário, complementar - classificação elaborada por Diniz⁵², ainda que a presente pesquisa adote como base a classificação retro citada. Segundo a doutrinadora, as normas constitucionais classificam-se quanto à sua eficácia em: a) normas constitucionais de eficácia absoluta – insuscetíveis de alteração, mesmo por Emenda Constitucional – que são detentoras de um núcleo blindado e intangível, não podendo ser alteradas por conta de gozarem de eficácia reforçada; b) normas constitucionais de eficácia plena – na mesma esteira das normas de eficácia absoluta – aptas por si só, não necessitando de complementação legislativa para gerar efeitos; c) normas constitucionais de eficácia relativa ou restringível, significando dizer que são normas detentoras de eficácia plena e imediata, mas que poderão sofrer restrições por parte da legislação regulamentadora; d) normas constitucionais de eficácia relativa, que representam as normas dependentes de atuação legislativa para implementação de seus comandos, não sendo aptas a gerar efeitos desde logo, ficando na dependência de uma normatividade posterior.

Traçando um paralelo entre as duas classificações apresentadas, verifica-se que apenas em relação às normas de eficácia plena alguma divergência é apresentada, ainda que não suficientemente apta a destoar quanto aos efeitos finais. Assim, tanto na visão de José Afonso da Silva quanto na de Maria Helena Diniz, as normas constitucionais de eficácia plena (eficácia plena, na visão daquele e eficácia absoluta, na visão desta) são insuscetíveis de redução de seu núcleo eficaz. Quanto às

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Normas constitucionais e seus efeitos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 178.

demais classificações, as conclusões são idênticas.

1.3.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena

Afirma Silva⁵³ que as “normas constitucionais de eficácia plena são normas revestidas de plena eficácia jurídica”, “bastantes em si”,⁵⁴ que gozam dos necessários atributos jurídicos, permitindo-lhes desde a sua vigência e sem a necessidade de complementação normativa, serem aplicadas aos fatos de subsunção. Aplicabilidade, segundo o autor, é a “possibilidade de aplicação”,⁵⁵ advertindo que as normas aplicáveis são as que detêm “atuação concreta”⁵⁶ enquadrando “um caso concreto na norma jurídica adequada”.⁵⁷

A lógica de um ordenamento jurídico é a aplicabilidade de seu catálogo normativo às situações de subsunção. Assim, ingressando uma lei nesse catálogo - cumpridas as formalidades procedimentais previstas para a elaboração de normas jurídicas ou até sem esta observância, porquanto as leis emanadas do Poder Público gozam de presunção de legitimidade enquanto não declaradas ineficazes em procedimento adequado - passa a ser de observância obrigatória: passa a vigor. Vigência, pois, é “a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória”.⁵⁸ A característica de uma norma é a regulação de situações futuras, “prevê e regula para o futuro, isto é, disciplina o direito ajustável às situações ou relações”⁵⁹ com visão propedêutica⁶⁰.

Neste aspecto, as normas jurídicas de eficácia plena são detentoras, desde sua vigência, de comandos normativos plenos que possibilitam, sem necessidade de outra forma de integração, o exercício dos direitos nelas previstos bastando ao intérprete unicamente o juízo de subsunção no sentido da equação fato/norma, extraindo a objetiva vontade normativa decorrente do comando aplicável.

⁵³ SILVA, J.A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 15.

⁵⁴ Idem, *ibidem*.

⁵⁵ Idem, p. 50.

⁵⁶ Idem, *ibidem*.

⁵⁷ Idem, *ibidem*.

⁵⁸ Idem, p. 52.

⁵⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: processo de conhecimento. vol. 1. 25.ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 31.

⁶⁰ A vigência das leis, em nosso ordenamento, é regulada pela Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942, com a redação que lhe atribuiu a Lei n. 12.036, de 1º de outubro de 2009, em especial nos artigos 1º e 2º.

Se a desnecessidade de complementação legislativa é o marco fundamental das normas de eficácia plena para que irradiem efeitos no mundo jurídico, é justamente o conteúdo dos direitos nelas elencados que maiores celeumas apresenta. Este assunto será retomado em outro momento, mais oportuno, quando serão abordados os direitos fundamentais e suas nuances constitucionais.

1.3.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida

A segunda categoria reconhecida pela doutrina é a que classifica as normas constitucionais em normas de eficácia contida, consideradas por “[...] aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público”⁶¹ dentro da margem de complementaridade e na forma “que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”.⁶²

Embora já se tenha registrado que todas as normas jurídicas possuem em si o “caráter de imperatividade”⁶³, impondo aos seus destinatários condutas enquadráveis em um fazer ou um não fazer, em um permitir ou em um proibir – nas palavras de SILVA, normas preceptivas ou normas proibitivas⁶⁴ –, não raras vezes, a maior dificuldade que se apresenta ao hermenêuta jurídico é a de encontrar o limite do que deve/pode ser feito assim como os limites de abertura normativa que permitam a regulação de seus comandos como forma de restrição eficaz das normas reguladas.

Considerando, então, que “as normas constitucionais são sempre executáveis por si mesmas até onde possa, até onde seja suscetível de execução”⁶⁵ resta encontrar os limites dessa abertura e isso certamente deverá ser buscado no próprio conjunto normativo de regência que há na própria Constituição, a fonte suprema de normatividade dentro do que se denomina unidade de sistema.

⁶¹ SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. p.116.

⁶² Idem, *ibidem*.

⁶³ Idem, p. 67.

⁶⁴ Idem, p. 68.

⁶⁵ Idem, p. 76.

Um sistema supõe *ordenação* e *unidade* (ordenação interior e unidade de sentido).

No direito, dominado pelos sentidos axiológicos e teleológicos, a idéia de ordenação conduz à de adequação: tanto o legislador como o juiz devem tomar *adequadamente* os dados, axiológicos, do direito. Daí cuidar-se, no caso do direito, de *adequação valorativa*⁶⁶ (conforme o autor).

Buscando, ainda, abrigo nos ensinamentos de Silva, citando doutrina italiana a respeito do tema, tem-se que:

Do mesmo modo que se pode afirmar que não há norma constitucional alguma de todo ineficaz, “porque todas são, de modo unívoco, constitucionalmente cogentes em relação aos seus destinatários”, como assinala De Simone, também se pode sustentar que nenhuma é, em si, completa, como nota Crisafulli, visto que “não se saberia verdadeiramente em que fazer consistir o caráter completo de uma norma; cada norma, em certo sentido, e incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do intérprete para tornar-se concretamente aplicável aos casos singulares da vida social, compreendidos na respectiva categoria; existem, demais disso, normas mais ou menos [...] incompletas, ou, em outros termos, que requerem operações mais ou menos demoradas e complexas de interpretação para preencher-se o hiato que sempre separa a regra abstrata do caso historicamente individual que se trata de regular concretamente”.⁶⁷

A indefinição do alcance normativo das normas de eficácia contida permite ao hermenêuta, unicamente, um juízo de aplicação eficaz amplo em relação às normas vigentes; ao legislador, entretanto, dentro dos limites da própria norma - ou da Constituição em sua integralidade -, é permitido regulamentar de modo mais restritivo os comandos normativos, moldando a norma aos casos que se pretenda abarcar.

⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21.

⁶⁷ Idem, *ibidem*.

Considerando que, na maioria das vezes, a permissão constante no comando das normas, permitindo ao legislador regulamentá-las de forma restritiva em relação aos seus efeitos, advém de termos diáfanos, a dúvida que resta é justamente o alcance desses limites. Ousa-se, entretanto, uma resposta a tal situação. Se a norma é autoaplicável enquanto norma jurídica, autorizando seus destinatários a gozarem de todas as prerrogativas nela previstas, independentemente de qualquer atuação do legislador para dar eficácia aos seus comandos, a única situação permitida a esse mesmo legislador, ao regulamentar essa norma, restringindo-a - sempre dentro de um limite de interesses que assim o justifique -, será o de não lhes esvaziar os comandos, porquanto se assim o fizer, o legislador ordinário terá revogado norma – extirpado sua eficácia enquanto norma autoaplicável - de *status* constitucional sem a permissão do legislador constituinte ou da própria constituição⁶⁸.

A regulação da eficácia contida de uma norma – autoaplicável e sem limitação enquanto não restringida – é tarefa de integração legislativa que o legislador constituinte confiou ao legislador infraconstitucional, optando por deixar em aberto o campo de atuação – embora, frise-se, limitado - visando atender peculiaridades pontuais de cada momento da evolução social. Neste prisma, entende-se, também, que a regulação restritiva poderá ou até deverá ser suprimida a qualquer momento se as situações que ocasionaram a restrição não mais se justificarem, sem que isso possa ser considerado como reprivatização. Por exemplo, a norma que venha a regulamentar - restringindo - o exercício de uma determinada profissão por considerar a necessidade de certa qualificação profissional para o seu exercício, e posteriormente reconhecendo-se que a qualificação exigida se faz desnecessária, é norma que deverá ser extirpada do mundo jurídico por não mais cumprir a finalidade para a qual foi criada. É o caso da exigência de tempo mínimo de exercício da advocacia para pleitear vagas em alguns cargos públicos privativos a bacharéis em direito.

⁶⁸ Sobre o assunto, Sarlet (2009, p. 385-6) leciona que “A dogmática jurídico constitucional contemporânea apresenta características comuns dotadas de especial importância para a realização normativa dos direitos fundamentais, dentre as quais se destacam três, que, de acordo com a tradição constitucional de matriz germânica, amplamente difundida, encontram correspondência nas seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção (ou suporte fático), limites, e limites aos limites dos direitos fundamentais”.

1.3.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada

Algumas normas inseridas no corpo normativo da constituição, embora reflitam a vontade do legislador em reconhecer determinados valores, não gozam dos atributos necessários à imediata exigência de seus comandos, eis que são desprovidos da “capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas”.⁶⁹

Para melhor compreensão do tema, transcreve-se a lição de Silva⁷⁰ que assim conceitua esta categoria de normas:

[...] as normas constitucionais de eficácia limitada são de dois tipos: a) as definidoras de princípio institutivo ou organizativo, que, por brevidade, temos chamado de normas constitucionais de princípio institutivo; b) as definidoras de princípios programáticos, ou, simplesmente, normas constitucionais de princípio programático.

Decorre da característica destas normas, instituidoras de verdadeiras diretrizes – também conceituadas por Silva⁷¹ como “normas constitucionais de princípios” - o compromisso público da nação em instituir determinados programas de governo para atender aos princípios fundamentais da Carta Constitucional, e que poderão ser exigidos judicialmente em algumas situações concretas previstas pelo legislador, mediante a ação de Mandado de Injunção⁷² ou a de Inconstitucionalidade por Omissão.⁷³

Situação que, não raras vezes, é enfrentada pelos destinatários credores destas normas jurídicas é a impossibilidade de fazer valer os direitos delas decorrentes. Até recentemente, o Supremo Tribunal Federal ostentava posição no sentido de ser vedado ao Poder Judiciário determinar medidas práticas assecuratórias dos direitos decorrentes de normas que necessitassem de regulamentação legislativa para tornarem-

⁶⁹ SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 66.

⁷⁰ Idem, p. 118.

⁷¹ Idem, *ibidem*.

⁷² Mandado de Injunção é o remédio constitucional apto a ser exercido para suprir omissão legislativa que garanta os direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas da nacionalidade, da soberania e da cidadania.

⁷³ A Ação de Inconstitucionalidade por Omissão é cabível quando se verificar a omissão na prática de atos legislativos ou executivos necessários para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstas se efetivem na prática.

se operantes na prática.⁷⁴ Tal entendimento visava resguardar a separação dos poderes conforme vontade do legislador constituinte. Atualmente, tal visão sofreu considerável alteração, moldando a Corte Suprema seu entendimento no sentido de admitir a regulação do caso concreto havendo ausência de norma regulamentadora apta a permitir aos destinatários dos direitos previstos na Constituição.⁷⁵ Se antes a visão da mais alta corte judicial do país era no sentido fechado de competências, atualmente ela é alargativa permitindo que a mora legislativa seja suprida no caso concreto e, inclusive, com efeitos irradiantes aos casos com as mesmas características fáticas, sem que isso importe em invasão de competências.⁷⁶

A presente visão do Supremo Tribunal Federal tem se mostrado mais condizente com o atual estágio evolutivo da ciência jurídica e, principalmente porque, decorridos mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal o legislador ordinário se queda inerte em cumprir com o seu dever de editar o conjunto de normas necessárias ao

⁷⁴ No julgamento da Questão de Ordem 107, o STF, por unanimidade, acolheu voto do Ministro Moreira Alves, relator, que, na conclusão, assim definiu o mandado de injunção “Portanto, em face dos textos da Constituição Federal relativo ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, á semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da Carta magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais e administrativos”. MI 107 QO/DF, Tribunal Pleno. Rel. Ministro Moreira Alves, RTJ 133:11, de 23.11.1989.

⁷⁵ É o que se observa nas decisões proferidas nos Mandados de Injunção nº 775, nº 880 e, em especial, o de nº 712, ao admitirem a aposentadoria especial aos servidores públicos que exerçam atividade de risco nos mesmos moldes da Lei 8.213 de 1991 porquanto há ausência legislativa para que seus titulares possam usufruir do direito previsto na carta Constitucional. Em relação a este, transcrevemos parte da ementa: “[...] O argumento de que a Corte estaria a legislar [...] o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, §4º, III] [...] é insubsistente. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define a norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.” MI 712/PA- Tribunal Pleno. Rel. Ministro Eros Grau. DJ n. 206 de 31.10.2008,

⁷⁶ Neste sentido – dos efeitos irradiantes das decisões tomadas em sede de Mandado de Injunção - podem ser citados os seguintes julgados: MI 721-7, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30.11.2007; MI 795, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 21.5.2009; e, MI 2925, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ 20.8.2010.

gozo de uma vasta leva de direitos, notadamente os sociais.⁷⁷

É importar alertar que a eventual normatização legislativa posterior à decisão do Supremo Tribunal Federal não precisará, necessariamente, obedecer aos comandos decorrentes desta. Na prática, são as decisões judiciais emanadas do Supremo Tribunal Federal em julgamento de mandado de injunção – notadamente os que importem na garantia de direitos de trato sucessivo - que precisarão se adequar à posterior legislação regulamentadora, porquanto ostentam o caráter de precariedade e de provisoriedade. A decisão judicial, embora sirva de supressão momentânea da inércia legislativa, terá o condão de se perpetuar quando o exercício do direito decorrente dos comandos nela elencados importe em esgotamento do próprio direito. Entender de forma diferente configuraria invasão de competências atribuídas pelo legislador constituinte a cada poder, o que confrontaria a harmonia e independência dos poderes e, conseqüentemente, à própria Constituição.

1.3.2 O princípio da supremacia da constituição como mecanismo de interpretação das normas

Tendo na Constituição a força matriz de regramento de uma determinada sociedade, em relação à qual todas as demais normas deverão se adequar, observando obediência e compatibilidade, porquanto “nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”⁷⁸, já que é dela que decorre toda autorização de existência e de alcance das normas jurídicas, enquanto criação normativa editada em nome do Estado.

Nessa esteira, Silva⁷⁹ leciona que todas “as normas jurídicas, inclusive as constitucionais, são criadas para reger relações sociais, condutas humanas, enfim, para serem aplicadas.”

A aplicabilidade é, pois, o juízo de subsunção fato/norma, que melhor expressado nas palavras do citado autor, resgatando ensinamento de Kelsen⁸⁰, “é ainda o juízo através do qual exprimimos que um indivíduo se conduz, ou se não conduz, tal como uma norma lho prescreve [...] ou que ele age, ou não age, de acordo com o poder ou

⁷⁷ Direito à educação, à saúde e segurança pública, são apenas alguns exemplos de direitos sociais e compõem o tripé obrigacional do Estado para com a população.

⁷⁸ BARROSO, L.R. *op. cit.*, p. 165.

⁷⁹ SILVA, J.A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 51.

⁸⁰ Idem, *ibidem*.

competência que uma norma lhe atribui”, em pleno exercício de subsunção.

A supremacia da Constituição⁸¹, decorrente dos princípios hermenêuticos de adequação das normas jurídicas, permite concluir que todas as normas deverão ser compatíveis com essa em uma lógica de conteúdo/continte: dentro do texto constitucional deverão ser acolhidas todas as normas hierarquicamente inferiores – considerando que as normas constitucionais, notadamente as instituídas pelo legislador originário, gozam de plena compatibilidade entre si e que as aparentes antinomias deverão ser resolvidas pelos métodos de interpretação, destacando-se o da supremacia e o da unidade da constituição⁸², e pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - já as normas que não se encaixem em seus ditames não gozam de validade enquanto normas e poderão ter sua existência e validade contestadas perante ela.

Em atenção a essa característica, assevera Clève⁸³ que:

A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores

⁸¹ Ainda sobre o Princípio da Supremacia da Constituição destaca Luís Roberto Barroso que, “do ponto de vista do direito intertemporal, na prática brasileira, no momento da entrada em vigor de uma nova Carta Constitucional, todas as normas anteriores que com ela contrastarem ficam revogadas e as normas editadas posteriormente à sua vigência, se contravierem os seus termos, devem ser declaradas nulas. Do ponto de vista jurídico o traço que destaca uma constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior em relação às demais normas do sistema”. (BARROSO, L.R., 2008, p. 165 e 372.

⁸² O Princípio da Unidade da Constituição é delineado, por Barroso (2008, p. 202), nos seguintes termos: “a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas sim um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irredutível condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete a dever de harmonizar as tensões e contradições entre as normas”. No mesmo sentido Silva (2000, p. 47) afirma que “a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país a que confere validade, e que de todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos”.

⁸³ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25-6.

definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma “ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade”. É ordem fundamental eis que reside em posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque, além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional.

No mesmo sentido, as palavras de Coelho⁸⁴, ao delinear que as normas jurídicas deverão obedecer à Constituição, não apenas no sentido vertical, de hierarquia, mas no sentido de adequação substancial, de conteúdo.

[...] as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, ma como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pala própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar a norma do conjunto em que ela se integra, até porque o sentido da parte e o sentido do todo são independentes.

Identificada, então, a Constituição como a norma matriz de todo ordenamento jurídico de uma dada nação, gozando no sistema normativo do atributo da “superlegalidade formal e material”⁸⁵; da supremacia formal porquanto é a “fonte primária de toda produção normativa”⁸⁶; da superioridade material porquanto “subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras”⁸⁷, por ela adotados. Dito isso, conclui-se que, se “uma lei estiver em oposição à constituição: se ambas se aplicarem a um

⁸⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. O novo código civil e a interpretação conforme a constituição. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo código civil**: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 40-1.

⁸⁵ BARROSO, L.R. *op. cit.*, p. 168.

⁸⁶ Idem, *ibidem*.

⁸⁷ Idem *ibidem*.

determinado caso, exigindo que o tribunal decida”⁸⁸ considerando que o ordenamento constitucional brasileiro alberga como direito individual e coletivo a inafastabilidade do controle judicial de ameaça ou lesão a direito, e decidindo o tribunal “de acordo com a lei, sem atenção à constituição, ou na conformidade da constituição, sem atenção à lei, cabe ao tribunal determinar qual destas regras conflitantes se aplica ao caso”⁸⁹, porquanto o “controle do conteúdo das normas é função atribuída pela própria constituição aos tribunais”⁹⁰, já que é “a Constituição mesma que assegura a todos os cidadãos o direito de demandar em juízo as providências necessárias para ver afastada a ameaça”⁹¹ que, por ventura, venha a ser cometida a direito seu por parte de particulares ou de agentes do próprio Estado, assim como para ver sanada a lesão decorrente de ações ou omissões inconstitucionais praticadas por particulares ou por autoridades publicadas em última análise, não nos descuidando de que tal atividade poderá também ser exercida por qualquer juiz, ainda que de instâncias inferiores do poder judiciário.

A inserção desse tópico, neste espaço da pesquisa, tem por objetivo exclusivo adiantar assunto que será debatido com mais profundidade quando se discutir as objeções normalmente opostas ao cumprimento das normas instituidoras de direitos sociais, principalmente as de cunho prestacional.

1.4 ASSENTO CONSTITUCIONAL DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em relação à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais no ordenamento jurídico pátrio, o esquema antes delineado apresentou as características principais, fato que tornou restou facilitado pela inexistência de dissenso doutrinário acerca do tema. Em relação à inserção dos direitos fundamentais, suas garantias e eficácia jurídica de suas normas de suporte, maiores considerações se fazem necessárias, notadamente porque, em sede de direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência parecem laborar em eterno desconcerto de opiniões.

As normas definidoras dos direitos fundamentais, como já frisado, por decorrência do disposto no § 1º do art. 5º, gozam de

⁸⁸ BARROSO, L.R. *op. cit.*, p. 171.

⁸⁹ *Idem*, p. 171-3.

⁹⁰ *Idem*, p. 173.

⁹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 14.

aplicabilidade imediata, propensão alargativa/inclusiva, conforme disposto no § 2º do mesmo artigo e estão inseridas na categoria de normas constitucionais protegidas como cláusulas pétreas, consoante se deduz do inciso IV do § 4º do art. 60, ambos da Constituição Federal de 1988.

A respeito do assunto, convém transcrever a elucidativa doutrina de Sarlet⁹², para quem as normas contempladoras de direitos fundamentais são normas de normatividade reforçada e gozam da mais ampla garantia, atendendo à vontade do Legislador Constituinte:

Desde logo, cumpre rememorar que a nossa Constituição, no âmbito da fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, previu, expressamente, em seu art. 5º, parágrafo 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal formulação, à evidência, traduz uma decisão inequívoca de nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar plenitude de seus efeitos.

Silva afirma que as normas constitucionais que prevejam direitos e garantias fundamentais se enquadram, quanto à eficácia, na categoria de normas de eficácia contida ou limitada, conforme o direito previsto e, quanto à aplicabilidade, em normas de aplicabilidade imediata:

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas em especialidade as que mencionam uma lei integradora são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque,

⁹² SARLET, I.W. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988.**

quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mas se tornam garantias da democracia e do exercício dos demais direitos fundamentais.⁹³

Entretanto, mesmo as normas que, segundo o citado autor, se enquadrem na categoria de normas de eficácia limitada não deixam de irradiar efeitos jurídicos na seara dos direitos subjetivos de seus destinatários, porquanto podem ser exigidas do Estado mediante os mecanismos próprios para que se lhes garanta eficácia. Complementando tal opinião, Tavares defende a possibilidade de judicialização dos direitos fundamentais de cunho prestacional como decorrência lógica das regras insertas na Constituição Federal de 1988:

Com efeito, não há como negar que, estando positivada a regra consagradora da aplicabilidade imediata das normas que definem os direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF), os poderes do Poder Judiciário estão mais ampliados para defender a efetividade destes direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, que possuem caráter de autênticos direitos subjetivos, autorizando tal Poder a assegurar, no caso concreto, o seu efetivo gozo, com base também no art. 5º, inc. XXXV, da CF (inafastabilidade do controle judiciário) mesmo que isto implique em alocação de recursos públicos.⁹⁴

Barroso, atento à possibilidade da exigência dos direitos fundamentais enquanto integrantes do patrimônio subjetivo de seus destinatários, propugna a imediata aplicabilidade das normas instituidoras de direitos e garantias ao expressar que:

Nessa conformidade, das normas constitucionais que geram direitos subjetivos, resultam para seus beneficiários – os titulares dos direitos – situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da

⁹³ SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 184.

⁹⁴ TAVARES, Paulo César Vieira. **A Saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo Estado contra sua plena efetividade na área dos medicamentos excepcionais**. [S.l.: s.n.], 2010, p. 16-7.

norma. Quando a prestação a que faz jus o titular do direito não é entregue voluntariamente, nasce para ele uma pretensão a ser vinculada através do exercício do direito de ação, pela qual se requer ao órgão do Poder Judiciário que faça atuar o direito objetivo e promova a tutela dos interesses violados.⁹⁵

E ainda:

As normas constitucionais definidoras de direitos são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo os jurisdicionados no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas e negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados.⁹⁶

Considerando que os direitos fundamentais integram a categoria das matérias que mais comumente oportunizam acaloradas discussões acadêmicas, sendo classificados sob os mais variados aspectos enquanto normas jurídicas e, considerando que qualquer consenso acerca da matéria se encontra longe de ser atingido, seja pela magnitude argumentativa dos debates, seja pela autoridade dos debatedores, talvez a classificação que melhor coerência apresente acerca do assunto seja a delineada por Sarlet⁹⁷, ao afirmar que os direitos fundamentais se incluem no rol das normas de aplicabilidade imediata, conforme definido pelo legislador constituinte e, para melhor esclarecer o tema, apresenta um esquema classificatório delineando a existência de uma relação de coerência entre as normas constitucionais instituidoras de direitos e garantias fundamentais, notadamente em se tratando de direitos sociais, elaborando um quadro prático acadêmico acerca da estrutura dos direitos e garantias constitucionais, dividindo-os em: a) direitos fundamentais como direitos de defesa; b) direitos a prestações em sentido amplo; c) direitos à proteção; d) direito à participação na organização e procedimento; e) direito a prestações em sentido estrito.

Baseado nessa classificação e resgatando a doutrina alemã de Jellinek⁹⁸ acerca dos direitos fundamentais, o autor, ao estudar as

⁹⁵ BARROSO, L.R. *op. cit.*, p. 263.

⁹⁶ *Idem*, p. 262.

⁹⁷ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 167.

⁹⁸ Georg Jellinek, filósofo do direito e juiz alemão, realizou vários estudos e publicou várias obras acerca da Teoria Geral do Estado, afirmando que a soberania recai, enquanto poder, no Estado e não na nação, já que esta é um simples órgão daquele.

normas constitucionais pátrias, esclarece que os direitos e garantias fundamentais podem ser enquadrados sob dois aspectos: como instituidores de um direito amplo à participação – do qual deriva o direito de acesso e utilização das prestações estatais - e, como instituidores de um direito mais restrito - consistente no direito de exigir prestações de cunho material:

Com base nesta distinção entre a noção mais ampla de direitos de participação (*Teilhaberechte*) e a mais restrita de direitos a prestações (*Leistungsrechte*), chegou a ser formulada interessante e original proposta de classificação dos direitos fundamentais, igualmente inspirada na teoria de Jellinek e que, além do grupo representado pelos direitos de defesa (*status negativus e status libertatis*), seria formada pelo grupo dos direitos de participação ou quota-parte (*Teilhaberechte*) em sentido amplo. Estes por sua vez, abrangeriam os direitos do *status civitatis* (formados especialmente pelos direitos políticos), bem como os direitos a prestações em sentido amplo (direitos do *status positivus*), igualmente divididos em dois grupos distintos, quais sejam, o dos direitos do *status libertatis*, integrado pelos direitos a proteção e direitos à participação na organização e procedimento, e o dos direitos do *status positivus sociales*, representado pelos direitos a prestações ou direitos de participação em sentido estrito, composto pelos direitos a prestações materiais (fáticas) sociais.⁹⁹ (destaques do autor).

Assim, no ordenamento pátrio os direitos fundamentais enquanto componentes dos direitos do *status positivus sociales* permitem a exigência frente ao Estado de prestações positivas, obrigando-o a colocar à disposição dos indivíduos as condições fáticas materiais aptas para que possam usufruir do princípio fundamental encetado no núcleo basilar e diretriz máxima da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana.

Mas que direitos se enquadram nas prestações em sentido amplo?

A resposta a esta pergunta, segundo o autor, encontra respaldo na

⁹⁹ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 186

própria concepção de Estado de Direito, de matriz liberal, que, ao assumir o monopólio da coerção, obrigou-se em contrapartida a dar garantia de efetividade às normas instituidoras dos direitos de liberdade e de igualdade. Enquadram-se, portanto, nesta categoria, os direitos de proteção em sentido amplo – em relação ao próprio Estado e em relação a terceiros:

Neste contexto impõe-se lembrarmos aqui a aceitação da idéia de que ao Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar – inclusive em caráter preventivo – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra as ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra as agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados, dever este que, por sua vez, desemboca na obrigação de adotar as medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.¹⁰⁰

Já no sentido estrito, como decorrência do direito ao *status positivus civitatis*, as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais assumem uma posição ativa de dimensão prestacional, impondo ao Estado a obrigação da implementação de políticas públicas tendentes ao fornecimento de prestações materiais que poderão ser exigidas, em caso de inércia, via Poder Judiciário.

Dentre os tantos direitos fundamentais do ser humano e na esteira da classificação cunhada por Bobbio¹⁰¹, recentemente reformulada por Oliveira Júnior¹⁰² e Bonavides¹⁰³ e encampada, dentre outros, por Wolkmer¹⁰⁴ e Sarlet¹⁰⁵ - que classificam os direitos fundamentais não

¹⁰⁰ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 190.

¹⁰¹ Norberto Bobbio classifica os direitos fundamentais em quatro grandes grupos os quais denomina gerações, sendo que os direitos sociais, consistentes em prestações materiais a cargo do Estado se encontram na segunda geração desses direitos.

¹⁰² OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. O desafio dos novos direitos para a ciência jurídica. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de; MORATO LEITE, José Rubens. (Org.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996, p. 16-8.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 290.

¹⁰⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, A.C.; LEITE, J.R.M. (Org.), *op. cit.*, p. 7-16.

¹⁰⁵ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 45-62.

mais em gerações, porém em dimensões – os direitos sociais prestacionais certamente podem ser incluídos entre os direitos fundamentais. Assim, educação, moradia e saúde, são direitos fundamentais sociais que, embora demandem a necessidade de alocação de recursos para sua concretização – eficácia prestacional das normas instituidoras destes direitos – podem ser exigidos do Estado enquanto direitos individuais.

As explanações ora expendidas dão conta de que os direitos fundamentais sociais se inserem na categoria de normas que gozam de eficácia contida e aplicabilidade imediata - destacando que as normas que venham a restringi-los não poderão suprimir-lhes o núcleo fundamental ou esvaziar-lhes o conteúdo. Entretanto, para melhor compreensão da problemática referente aos direitos de cunho prestacional, necessário se faz o enquadramento desta especial categoria enquanto direitos integrantes do catálogo constitucional – ou de normas extraconstitucionais, mas que, por força da regra estampada no parágrafo segundo do art. 5º da Constituição de 1988, gozam do status de petreabilidade -, notadamente no que se referem ao direito à saúde.

1.5 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O direito social à saúde enquanto direito fundamental da pessoa humana teve pela primeira vez o reconhecimento em nível internacional com a criação, em 1946, da Organização Mundial da Saúde (OMS), entidade de assistência humanitária que defende como diretriz estatutária à proteção à saúde em nível mundial reconhecendo o direito à saúde como o mais completo bem-estar físico, mental e social indo muito além do que apregoam alguns, poucos, felizmente - desconhecedores da multifacetada característica do termo saúde - que a relacionam à simples ausência de doenças. O reconhecimento da saúde como direito fundamental do ser humano – lembrando aqui as lições doutrinárias acerca da diferença entre direitos humanos e fundamentais conforme exposto alhures – foi galgando lugar de destaque em outros documentos solenes conforme se pode observar no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, documento, redigido em trinta e um artigos, que, embora tivesse por objetivo precípuo a supressão das desigualdades socioeconômicas decorrentes dos processos industriais globalizados, previa normas relativas à saúde de todos os povos, a começar pelos signatários de tal documento, mas com propensão de atingir um incontável número de outros aderentes.

No Brasil, apenas com o advento da Constituição vigente, a saúde teve papel de destaque como direito social de cunho prestacional.

As constituições pretéritas, ainda que tenham acolhido em seus textos algumas normas relacionadas à saúde, apenas o fizeram de forma indireta ou reflexa.

O retrospecto normativo de nível constitucional dá conta que: a Constituição de 1891 foi omissa quanto à matéria; a de 1934 reconheceu a saúde como direito subjetivo apenas dos trabalhadores e tão-somente no âmbito do sistema de seguridade social em evidente privilégio classista e visando, exclusivamente, a proteção da força de trabalho; a Constituição de 1937, ainda que adstrita aos trabalhadores, trouxe a ampliação de benefícios para abarcar a cobertura de riscos sociais; a Constituição de 1946, com mais amplitude, contemplou a saúde com o objetivo de ampliação do campo de proteção e sob sua vigência foi que, em 25 de julho de 1953, por decorrência da edição da Lei n. 1920, foi criado o Ministério da Saúde e, em 03 de setembro de 1954, editada a Lei n. 2.312, inserindo normas gerais de defesa e proteção da saúde, dando origem ao termo “dever do Estado, bem como da família, defender e proteger a saúde do indivíduo”. Ainda sob a vigência da Carta Política de 1946 foi editado o Código Nacional de Saúde, em 21 de janeiro de 1961, que vigeu até a edição, em 19 de setembro de 1990, da Lei n. 8.080/1990 a qual instituiu, o Sistema Único de Saúde – SUS.

Na Constituição de 1967 e posteriores Emendas, em especial as de n. 1/1969, 2/1972 e 7/1977, a saúde teve ampliação enquanto direito social e foi inserida na categoria de direito fundamental, havendo, inclusive, preocupação em relação às fontes de custeio, sendo ampliada para abranger a proteção à velhice, a assistência sanitária e médica preventiva.

Um dos mais marcantes fatores, entretanto, foi a centralização da competência legislativa acerca da matéria à União, restando aos demais entes federativos algumas poucas normas de caráter complementar. Pouco mais tarde, a saúde como sistema nacional, teve o reconhecimento com a criação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), mas ainda adstrito apenas ao atendimento dos trabalhadores com vínculos formais, isto é, que tivessem Carteira de Trabalho e Previdência Social registrando vigente contrato laboral.

Alterações no modelo meramente assistencialista, em sua configuração originariamente adotada, deram lugar ao modelo universalista, culminando com a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), descentralizando o até então modelo

centralizador das atividades do INAMPS para as Secretarias Estaduais de Saúde e contemplando, dentre outros beneficiários, os desempregados e os rurículas.

Fruto dessa evolução, que o direito social à saúde com a envergadura que hoje presenciamos, decorreu da obra do Legislador Constituinte de 1988, que, afinado com as mais modernas concepções doutrinárias acerca dos direitos humanos e fundamentais, inseriu na Carta da República uma variada gama de normas contempladoras de direitos sociais, outorgando-lhes, também, as devidas garantias com a finalidade de emprestar-lhes a máxima eficácia. Não por menos que a Constituição de 1988 foi carinhosamente denominada Constituição Cidadã.¹⁰⁶

Do exposto, evidencia-se que dentre os direitos elevados a status constitucional, a saúde foi o direito que mereceu especial atenção do legislador. Além de inserir a saúde no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II, art. 6º, inseriu-a, também, no Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo II, Seção II, art. 196 a 200.

Essa especial atenção ao tema denota a intenção do legislador constituinte em dar primazia a um dos fundamentos retores da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, conforme diretriz estampada no inciso II do art. 1º da Constituição Federal de 1988. Tão correto se apresenta esta afirmação, que ao adicionar a saúde no Título da Ordem Econômica e Financeira, afirmou que os custos de implementação deste direito social de cunho prestacional deverão ser assumidos pelo Estado, questão que na maioria das vezes acalenta as mais acirradas discussões.

Entretanto, em que pese às alegações apresentadas pelos defensores dos entes públicos para o não-cumprimento do dever fundamental às prestações materiais relacionadas à saúde em sua integralidade, objetando entre outros argumentos a inexistência de recursos financeiros suficientes para atender todas as demandas da população, é oportuno mencionar que a saúde não se presta a alegações de reserva orçamentária ou de responsabilidade fiscal, porquanto eventual legislação limitativa de investimento neste setor, se existente, certamente será contrária às normas constitucionais e deverá ser extirpada do mundo jurídico ou interpretada com a parcimônia

¹⁰⁶ O termo “Constituição Cidadã” foi atribuído originalmente ao então Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, e tinha por escopo ressaltar a elevada gama de direitos sociais elencados na Constituição Federal de 1988.

necessária para adequar-se compatível com os vetores fundamentais da lei maior.

Ademais, as objeções de caráter financeiro e orçamentário são diametralmente opostas às noções de dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e reserva do possível. Mas, na esteira do que é defendido por Almeida Júnior¹⁰⁷, ao vincular como dever do Estado o cumprimento de prestações mínimas em prol da dignidade da pessoa humana, cremos que a saúde é um bem jurídico protegido acima dessas eventuais objeções:

Quando se defende a execução de uma porção mínima de prestações estatais para a garantia da dignidade da pessoa humana, logo se chega à conclusão de que a saúde é um direito fundamental social que mais exige a efetivação de políticas por parte do Estado, seja na consecução de medidas de saneamento básico ou na prevenção de tratamento de doenças. A garantia do direito à saúde é o exemplo mais próximo da noção de mínimo existencial, pois ela é o ponto de partida para a prestação de outros direitos sociais, tais como a educação, moradia e salário mínimo.

Consentâneos, também, os ensinamentos de Canotilho:

[...] um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica [...] os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativo-constitucional [...] as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controle judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos [...] as normas de legislar, acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar, como já se referiu, a

¹⁰⁷ ALMEIDA JÚNIOR, Elmo José Duarte de. Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1522, set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10357>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

inconstitucionalidade por omissão [...] as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização desses direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstractas.¹⁰⁸

Respeitar o núcleo matriz da norma fundamental, dando interpretação consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante eventuais objeções de carácter económico/orçamentário que venham a ser opostas para o descumprimento do dever de atendimento integral à saúde, pressupõe o reconhecimento dos direitos sociais de cunho prestacional como direito fundamental de todos e dever do Estado. A inclusão do direito à saúde como direito fundamental decorre dos ensinamentos da mais atualizada doutrina acerca do tema como bem se pode acolher da lição de Brega Filho¹⁰⁹, *verbis*:

Entre os direitos intangíveis, poderíamos incluir, a título de exemplo, o direito à saúde, direito fundamental inserido no capítulo dos direitos sociais. Duvidamos que alguém acredite que o direito à saúde não esteja incluído entre as cláusulas pétreas da Constituição, embora não seja conceituado constitucionalmente, como direito ou garantia individual.

No mesmo sentido, Alexy¹¹⁰ - embora talhando sua teoria de direitos fundamentais baseado na Constituição Alemã, mas que muito bem pode ser adotada no caso da nossa Carta Constitucional -, em lição sempre atual, afirma que:

A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões políticas [...] Todos os direitos fundamentais na Constituição alemã restringem a competência do legislador, e muitas vezes eles o fazem de forma incômoda para o

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. 8. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 481-2.

¹⁰⁹ BREGA FILHO, V. *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 512-3.

próprio legislador; às vezes até mesmo sua competência orçamentária é atingida pelos direitos fundamentais, como direitos com claros efeitos financeiros.

Inserindo-se, desta forma, a saúde como direito fundamental social, sua implementação reivindicará políticas preventivas: educacionais, investimentos em qualidade de vida, boas condições de hospitais, laboratórios, corpo clínico especializado, em prestações levadas a efeito pelo próprio Estado ou mediante convênios com a rede privada de saúde. Eventual negação desse direito fundamental, seja sob a objeção de inexistência de recursos suficientes ao atendimento das demandas de toda população, seja pela simples ausência de políticas públicas adequadas, ensejará o acionamento do Poder Judiciário e sem que isso importe em invasão de competências e ou ofensa à separação de poderes.

2 O DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Delineadas, ainda que de forma sucinta, a origem, evolução e a natureza dos direitos fundamentais do ser humano enquanto produto histórico de luta pela dignidade, tendo seu apogeu no reconhecimento de direitos naturais, inerentes à própria condição humana, indisponíveis e inalienáveis, mercedores do mais amplo respeito e observância por todos, notadamente por parte do Estado, buscar-se-á, de agora em diante, fazer uma análise das normas constitucionais pátrias institucionalizadoras de direitos sociais, dentre estes o direito à saúde - assunto que merecerá especial atenção nos tópicos seguintes desta pesquisa.

Antecipando, porém, forte nas lições de Alexy¹¹¹, que as normas de direitos sociais se apresentam com características especialmente indefinidas já que é “impossível de se chegar, com os meios específicos do Direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais” porquanto a vagueza dos termos e a estrutura jurídica de cada soberania ensejará uma hermenêutica diferenciada do alcance e do conteúdo das normas constitucionais, dificultando a padronização de qualquer conceito ou a formulação de qualquer teoria que possa servir-lhes de modelo genérico.

Entretanto, por conta do especial interesse dispensado pelo legislador constituinte aos direitos classificados como de segunda dimensão é tarefa de todos, em especial do Estado, dar a mais ampla garantia aos seus beneficiários, não obstante a implementação destes direitos demandarem elevados dispêndios financeiros ou, então, que decorram simplesmente de políticas públicas adequadas. O certo é que as normas que alberguem o direito à saúde são portadoras do mais amplo alcance eficaz e qualquer exegese, que em relação a elas se faça, deverá levar em conta o caráter extensivo/ampliativo do seu conteúdo.

2.1 O DIREITO À SAÚDE COMO DECORRÊNCIA PRESTACIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

As normas de direitos fundamentais, segundo Alexy¹¹², encetam em si determinados conteúdos e podem ser divididas em dois grandes

¹¹¹ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 508.

¹¹² *Idem*, p. 341.

grupos: “[...] normas de conteúdo negativo ou de *status negativo* (sic) consistentes nas liberdades individuais”, em permitir fazer tudo aquilo que não tenha vedação normativa e “normas de *status positivo*, consistentes na possibilidade de exigir prestações de cunho material”¹¹³ do destinatário do dever, notadamente em se tratando de direitos sociais, do Estado.

Fiel à premissa de que ao Estado incumbe, além de respeitar a esfera das liberdades individuais, garantidas por meio de seu aparato de força, também o de garantir aos indivíduos os meios necessários e suficientes para que possam usufruir das prerrogativas que lhes são inerentes, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação a terceiros, permitindo-lhes o uso dos meios de defesa necessários correspondentes ao *status libertatis e ao status negativus* que, na visão de Sarlet¹¹⁴, num primeiro momento, “se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos [...]” e num segundo momento, aos direitos do *status positivus*, que “[...] correspondem ao poder de exigir prestações fáticas materiais”¹¹⁵ e, neste aspecto, resgatando a doutrina de Jellinek, referem-se aos “direitos a prestações que, de modo geral [...] implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações”¹¹⁶ correspondentes às suas necessidades fáticas, sejam estas prestações de natureza legislativa, sejam de natureza material. Em outros termos, é dever do Estado implementar um catálogo jurídico suficientemente apto a garantir, além das prerrogativas da liberdade individual – *status negativus* –, as prerrogativas de acesso aos bens materiais necessários ao gozo dos direitos institucionalizados – *status positivus*. Estes conceitos se entrelaçam à medida que não basta ao Estado conceber um catálogo de direitos relativos às prerrogativas da liberdade se não implementar condições aptas a garantir um mínimo material para que os indivíduos usufruam de uma vida com dignidade.

¹¹³ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 341-519.

¹¹⁴ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 185.

¹¹⁵ Idem, *ibidem*.

¹¹⁶ Idem, p. 185-6.

Essa é a consequência do “estado do bem-estar social”¹¹⁷ em que se atribui ao Estado o dever de implementar as melhores políticas públicas e dotar as instituições públicas de estrutura suficiente para garantir a melhor qualidade de vida possível aos indivíduos. O dever de buscar a excelência das instituições públicas em relação às prestações que visem melhorar a vida da população decorre do respeito aos indivíduos enquanto pessoas humanas, dotadas, como já afirmado alhures, da mais ampla dignidade.

Dessas características, é possível dividir o catálogo de direitos sociais sob incumbência prestacional do Estado em dois grandes grupos: o dos direitos a prestações em sentido amplo e o dos direitos a prestações em sentido estrito.

2.1.1 Direitos a prestações em sentido amplo

Os direitos a prestações em sentido amplo são os decorrentes do *status positivus* e correspondem à proteção da liberdade e igualdade, que melhor expressado nas palavras de Sarlet¹¹⁸, “podem incluir tanto direitos a proteção mediante a emissão de normas jurídico-penais, quanto o estabelecimento de normas de organização e procedimento.” Em outras palavras, correspondem às funções típicas do Estado de matriz liberal e representam o direito à proteção e ao acesso às instituições - jurídico e materiais – aptas a garantir a mais plena liberdade.

¹¹⁷ Estado de bem-estar social (em inglês: *Welfare State*), também conhecido como Estado-providência, é um sistema de organização política e econômica que coloca o Estado (nação) como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com a nação em questão. Cabe ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população. Esta forma de organização político-social, que se originou da Grande Depressão, se desenvolveu ainda mais com a ampliação do conceito de cidadania, com o fim dos governos totalitários da Europa Ocidental (nazismo, fascismo etc.), com a hegemonia dos governos sociais-democratas e, secundariamente, das correntes euro-comunistas, com base na concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão. Pelos princípios do Estado de bem-estar social, todo o indivíduo teria o direito, desde seu nascimento até sua morte, a um conjunto de bens e serviços que deveriam ter seu fornecimento garantido seja diretamente através do Estado ou indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. Esses direitos incluiriam a educação em todos os níveis, a assistência médica gratuita, o auxílio ao desempregado, a garantia de uma renda mínima, recursos adicionais para a criação dos filhos, etc. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_de_bem-estar_social. Acesso em: 12 mar. 2011.

¹¹⁸ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 185.

Um Estado que institui direitos em favor dos indivíduos – nacionais ou estrangeiros – é devedor de políticas públicas tendentes à garantia destes mesmos direitos. A implementação de medidas assecuratórias da liberdade individual, consistentes em poder fazer tudo o que não contrarie às normas jurídicas, e de poder fazer valer quando violado, o direito conferido por essas normas permissivas, mediante um aparato estatal de livre e isonômico acesso a todos, representa a mais evoluída concepção de igualdade e liberdade que uma nação pode oferecer na ordem jurídica atual.

Com efeito, não bastam normas constitucionais que prevejam o direito à liberdade e à segurança pessoal se não forem implementadas políticas sociais suficientemente aptas para que os indivíduos possam alcançar tal desiderato. Permitir o acesso aos meios jurídicos e materiais – garantias constitucionais – para assegurar tais direitos, corresponde a respeitar os vetores da Constituição Federal de 1988. Exigir que o Estado desenvolva políticas de segurança pública, provendo equipamento à força policial, em quantidade e qualidade adequadas para que possam garantir segurança pessoal e patrimonial aos indivíduos; que crie instituições aptas a fornecer amparo jurídico aos que necessitem demandar ao poder judiciário por eventuais direitos violados, permitindo que todos usufruam livremente de seus bens e de sua liberdade – direitos reconhecidos na própria Constituição. Esses são exemplos de cumprimento das normas elencadas no texto constitucional.

2.1.2 Direito a prestações em sentido estrito

Já os direitos a prestações em sentido estrito ou direitos do *status positivus socialis*, correspondem àqueles direitos que na visão de Alexy, compartilhada por Sarlet, são garantidos aos indivíduos por ações do Estado, ao mesmo tempo que estes “poderiam buscar na iniciativa privada acaso dispusessem de meios financeiros suficientes ou que houvesse por parte dos particulares uma oferta suficientemente adequada às demandas latentes”.¹¹⁹

Decorre do cumprimento do dever estatal para garantia destes direitos a entrega física de bens que possam suprir as necessidades

¹¹⁹ A doutrina alexyana reporta ao fato de que o direito a prestações pode ser concebido como o direito a toda e qualquer atitude de abstenção do Estado. São, portanto, posições jurídicas que asseguram comportamentos ativos do Estado em prol da defesa individual, seja por emissões legislativas de garantia, seja por atitudes concretas com a criação de instituições ou a permissão de participação nos procedimentos tendentes a assegurar as garantias individuais de liberdade e de igualdade. In: ALEXY, R. *op. cit.*, p. 498-9.

básicas dos indivíduos: entrega de alimentos em espécie - cestas básicas -; de dinheiro para aquisição de gêneros alimentícios ou de primeira necessidade - bolsa família -; de tickets para troca por mercadoria específica - vale gás -; de “salário” por despedida imotivada - seguro desemprego -; de medicamentos para tratamento de enfermidades - distribuídos via Sistema Único de Saúde (SUS).

2.1.3 A dimensão prestacional como garantia do mínimo existencial

Sarlet¹²⁰, enfatizando posição por si adotada em consonância com a doutrina alemã, entende que os direitos sociais decorrentes de prestações “são garantias de um mínimo existencial” que o Estado tem o dever de colocar à disposição dos indivíduos para que estes possam usufruir de uma vida com dignidade. Impende observar que o direito ao mínimo existencial perpassa o simples fornecimento de bens materiais mas, sobretudo, que se garanta o núcleo essencial dos direitos sociais contra qualquer ingerência que lhes vise esvaziar o conteúdo:

Neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável [...] tem sido identificado – por alguns - como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.¹²¹

Defende, também, o autor, que os direitos fundamentais prestacionais decorrentes do *status positivus*¹²² - seja em sentido amplo ou estrito - são autoaplicáveis e estão garantidos pela própria constituição mediante mecanismos jurídicos de garantias institucionais

¹²⁰ SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. p. 25.

¹²¹ Idem, *ibidem*.

¹²² Segundo Jellinek, resgatado por Sarlet, os direitos de *status positivus* são divididos em dois grandes grupos: a) os de *status positivus libertatis*, integrados pelos direitos à proteção e direitos de participação na organização e procedimento; e, b) os de *status positivus socialis*, representado pelos direitos a prestações ou direitos de participação em sentido estrito, composto pelos direitos a prestações materiais (fáticas) sociais. In: SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 186.

aptos a serem manejados contra o próprio Estado ou em face de terceiros em caso de descumprimento:

Por outro lado, não há como negar que as garantias da Constituição também podem ser consideradas, em sentido amplo, garantias de direitos fundamentais. [...] verifica-se que na doutrina constitucional pátria as garantias apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos, além de legitimarem ações estatais para defesa dos direitos fundamentais.¹²³

Também Dimitri e Martins¹²⁴ comungam de igual entendimento, embora quanto ao alcance das normas de direitos fundamentais relacionados aos direitos sociais prestacionais, manifestem posição mais restrita:

A categoria dos direitos de *status positivus*, também chamados de direitos “sociais” ou a prestações, engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades do *status negativus*.

Outra faceta que se pode extrair do exposto é que não só o Estado, enquanto destinatário passivo do dever de implementar direitos fundamentais de cunho prestacional, poderá ser instado a cumprir com os comandos das normas que prevejam direitos sociais, mas, notadamente, que o próprio Estado poderá fazer uso dos mecanismos constitucionais para garantir o cumprimento destas mesmas normas. Tal possibilidade é vislumbrada quando o Estado impõe comportamentos gerais no sentido de evitar a violação a direitos fundamentais. Isso se verifica, por exemplo, em se tratando de direitos fundamentais sociais, a compulsoriedade em se submeter às campanhas de vacinação para controle de endemias e a obrigatoriedade de se tomar cuidados

¹²³ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 178-9.

¹²⁴ DIMOULIS, D; MARTINS, L. *op. cit.*, p. 57.

adequados para evitar o acúmulo de águas onde possa proliferar o mosquito transmissor da dengue.

Verifica-se, assim, que as normas fundamentais de cunho prestacional encetam em si não somente a previsibilidade do direito nelas elencado, sobretudo, gozam de todas as garantias constitucionais para afirmar a eficácia de seus comandos normativos, embora se reconheça que o maior alcance eficaz que se lhes dê dependerá, sempre, de uma postura interpretativa alargativa por parte dos operadores jurídicos, nunca esquecendo que os indivíduos são detentores de amplos direitos de liberdade e de ação para buscar no Estado a garantia mais ampla do direito normatizado:

À luz dos princípios, isso deve ser interpretado de forma que o catálogo de direitos fundamentais expresse, dentre outros, princípios que exijam que o indivíduo possa desenvolver livremente sua dignidade na comunidade social, o que pressupõe uma certa medida de liberdade fática. A conclusão inevitável é a de que os direitos fundamentais, se seu escopo for o livre desenvolvimento da personalidade humana, também são orientados para a liberdade fática, ou seja, também devem garantir os pressupostos do exercício das liberdades jurídicas, sendo assim, “não apenas a regulação das possibilidades jurídicas, mas também, do poder de agir fático”.¹²⁵

No mesmo sentido - da perspectiva prestacional ínsita às normas contemplativas de direitos sociais - Sarlet¹²⁶ leciona que:

Levando em conta o âmbito dos direitos prestacionais em sentido amplo, podemos enquadrar as normas definidoras de direitos fundamentais que consagram direitos a prestações materiais por parte de seus destinatários na categoria dos direitos fundamentais a prestações *stricto sensu*, que, por outro lado, costuma ser identificada com a dos direitos fundamentais sociais.

¹²⁵ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 506.

¹²⁶ *Idem*, *ibidem*.

No que tange ao direito à saúde, a dimensão prestacional se mostra mais evidente. Se a dignidade da pessoa humana foi elencada pelo legislador constituinte como fundamento da República, as normas constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais de cunho social que sejam relacionados à vida também o foram. A integralidade do direito à saúde em sua faceta prestacional decorre evidentemente desse raciocínio. A dicção do art. 196 da Constituição de 1988 deixa claro tal intenção. Num primeiro momento afirma que a saúde é direito de todos, não fazendo distinção de qualquer espécie e, num segundo momento, assegura a forma como se dará a garantia deste direito. Em nenhum momento, o legislador optou por condicionar o direito à saúde ao preenchimento de qualquer pressuposto, seja de cunho orçamentário, seja de cunho patrimonial. Se a vida humana é garantida por uma boa saúde, que se garanta a saúde como requisito para o usufruto de uma vida com dignidade.

Do acima colacionado, resta cristalino que o direito à saúde, enquanto direito social que importe em prestações positivas materiais, está incluído entre os direitos do indivíduo frente ao Estado e a possibilidade de sua exigência independe da capacidade financeira do ente público, porquanto “a questão de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios”¹²⁷ devendo preponderar aqueles relativos à vida, saúde, segurança e bem-estar, já que a pessoa humana deve gozar de todas as prerrogativas necessárias para buscar viver uma vida com dignidade e não há como negar, por tão óbvio que se apresenta, que a implementação dos direitos que demandem prestações financeiras se traduzem na forma de custos.

Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando muitos deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária a sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras.¹²⁸

¹²⁷ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 512.

¹²⁸ *Idem*, p. 512-3.

Poder exigir o cumprimento das normas que reconheçam direitos sociais é a moldagem mais avançada do sistema jurídico, haja vista que o direito não deve expressar somente a vontade do legislador quando da elaboração da norma, mas, sobretudo, deve estar apto a ser moldado em cada época e contexto social com a finalidade de atender às demandas que emergirem no decorrer da evolução da sociedade.

Os direitos devem ser vistos, e postos em prática, como produto de lutas culturais, sociais, econômicas e políticas para “ajustar” a realidade em função dos interesses mais gerais e difusos de uma formação social, quer dizer, os esforços por buscar o que faz que a vida seja digna de ser vivida.¹²⁹

Mas, afinal, o que vem a ser saúde, para efeitos de se exigir do Estado enquanto direito social de cunho prestacional?

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o conceito de saúde apresenta-se de forma ampla, como um conjunto de valores que visem possibilitar aos indivíduos um completo bem-estar físico, mental e social. Valores estes que, se observados, possibilitam a prevenção de potenciais enfermidades e, acaso estas venham a se manifestar, possibilitam o mais amplo acesso aos meios de cura. Esse conceito agrega, assim, um conjunto de elementos multidisciplinares, encetando em si o mais completo aspecto de proteção ao ser humano.¹³⁰

O conceito utilizado pela OMS é de propensão extensiva porquanto assinala a necessidade de ações preventivas em todos os meios com a finalidade de evitar eventuais enfermidades que possam vir a afligir a população e ações corretivas, acaso surjam demandas relacionadas a enfermidades.

¹²⁹ HERRERA FLORES, J. *op. cit.*, p. 193-4.

¹³⁰ Da mesma forma, a concepção adotada pelo Constituinte de 1988 mostra-se afinada ao conceito proposto pela Organização Mundial de Saúde (OMS), no preâmbulo de cuja Constituição se define a saúde como o “completo bem-estar físico, mental e social”, noção que de longe supera a aceção de saúde como a mera ausência de doenças. Ainda que compreendido como uma espécie de “imagem-horizonte” (porquanto, também um ideal a alcançar) esse conceito salienta a necessidade de assegurar o equilíbrio entre a pessoa e o meio que a circunda, bem como a cogente consideração do mínimo existencial como garantia de uma vida saudável – em harmonia, portanto, com a concepção de mínimo existencial advogada neste estudo, que em hipótese alguma admite uma redução do mínimo existencial a um mínimo apenas fisiológico ou vital. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. p. 40.

Essa dupla dimensão - preventiva e reparativa - do direito à saúde compõe o conjunto de deveres prestacionais a cargo do Estado como decorrência das normas constitucionais visando cumprir sua função institucional de guardião dos interesses de sua população, conforme já fora observado por Sarlet e Figueiredo¹³¹.

De qualquer modo, já é possível extrair da Constituição que necessariamente o direito à proteção e promoção da saúde abrange tanto dimensão preventiva, quanto promocional e curativa da saúde, bastando uma rápida leitura do que dispõe o artigo 196.

2.2 A INTEGRALIDADE DO DIREITO À SAÚDE – CONTEÚDO AMPLIATIVO/EXTENSIVO DAS NORMAS CONTEMPLADORAS DE DIREITOS SOCIAIS

Já fazem parte deste trabalho algumas considerações acerca do caráter extensivo/ampliativo das normas que contemplam direitos fundamentais, quando se tratou do catálogo de direitos inseridos na Constituição de 1988 – item 1.2 em especial – afirmando-se, na ocasião, que as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais são qualificadas pela cláusula da petreabilidade, inserida pelo legislador no inciso IV do § 4º do art. 60 do texto maior e, que a eventual supressão de seus comandos ou diminuição de seus conteúdos incorrerá em inconstitucionalidade por ferir princípios retores da ordem jurídica matriz, notadamente o da dignidade da pessoa humana. Dito isto, necessário se faz analisar a extensão dos comandos normativos inseridos nos artigos 6º e 196 do referido diploma.

Ao incluir o direito à saúde no rol das normas constitucionais - num primeiro momento como norma de direito fundamental e, posteriormente, de forma específica, como norma de ordem social - buscou o legislador constituinte a mais ampla proteção a um dos direitos de maior significação social de toda a população. Tão fundamental, que esta dupla garantia foi reforçada, como vimos, pela cláusula da petreabilidade. Assim,

[...] a possibilidade de limitar um direito fundamental mediante intervenções em sua área

¹³¹ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. In: SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. p. 40.

de proteção não é ilimitada. Se fosse reservado ao legislador o poder de concretizar as reservas legais conforme seu entendimento e avaliação política, os direitos fundamentais abstratamente garantidos poderiam perder seu significado prático.¹³²

Portanto, é que o direito à saúde se encontra expresso no inciso II do art. 198 da Constituição Federal de 1988 bem como no inciso II do art. 7º da Lei 8.080 de 1990. Toda pessoa é portadora do direito à assistência e atendimento quando necessitar de qualquer tratamento relacionado à saúde, seja em relação ao mais simples caso patológico, seja em relação ao mais complexo. Tal direito abrange também o fornecimento dos insumos que se fizerem necessários visando à cura. O que regradará a extensão do atendimento será a necessidade do caso concreto, em se tratando de saúde curativa; já em relação à saúde preventiva, o dever é mais amplo, porquanto engloba a obrigação de desenvolver serviços de saúde que visem evitar a ocorrência de patologias conforme as técnicas de pesquisa demonstrem adequadas. Neste aspecto, as ações de saúde são uma realidade una e indivisível.

Talvez o ponto de maior tensão entre os administradores públicos e os beneficiários do direito à saúde gravite na obrigação do Estado em fornecer medicamentos. Alegações das mais variadas são levantadas para a não-concretização do direito à integralidade nesse aspecto. Não-inclusão nas listas da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME)¹³³; ausência de protocolos clínicos junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); não-demonstração de eficácia terapêutica de medicamentos alternativos, quando os reconhecidos pela RENAME forem insuficientes; alto custo da aquisição de medicamento em fase inaugural de testes. Essas objeções, ainda que portadoras de certa plausibilidade enquanto argumentos de defesa, sucumbem às diretrizes principiológicas encartadas na Constituição Federal. A integralidade do atendimento à saúde visa

¹³² DIMOULIS, D; MARTINS, L. *op. cit.*, p. 151.

¹³³ Atendendo aos ditames da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, e em regulamentação aos seus preceitos, o Governo Federal, mediante a edição de Decreto n.7.508/11, de 28 de junho de 2011, traçou as políticas públicas relacionadas à saúde pública e ao fornecimento e padronização de medicamentos relacionados aos tratamentos fornecidos pelo SUS, assim dispondo: **Da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME**, Art. 25. A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

garantir a dignidade da pessoa humana a qual somente será observada quando possibilitar a todos os indivíduos esgotarem as chances que a evolução científica coloque à disposição para buscar a cura de eventual doença que os aflija.

Destarte, fica fácil delimitar a extensão do que seja o direito à saúde. As normas citadas, pelo conteúdo axiológico de seus comandos e como decorrência da mais ampla proteção possível almejada pelo legislador constituinte aos direitos fundamentais, são aptas, por si só, a garantir a total proteção da saúde. E se insere tal proteção, tanto nas ações preventivas quanto nas reparativas. Quanto à prevenção e como resultado de uma eficiente educação geral – também a cargo do Estado como decorrência de implementação dos direitos de segunda dimensão – torna possível reconhecer que o dever de preservação da saúde perpassa o âmbito do poder público e implica a participação de toda população, consoante se verifica nas lições de Sarlet e Figueiredo¹³⁴:

Por outro lado, argumenta-se ainda em favor a existência de um dever da própria pessoa (e de cada pessoa) para com a própria saúde (vida, integridade física, dignidade pessoal), hábil a justificar, dependendo das circunstâncias do caso concreto, até mesmo a intervenção judicial visando à proteção da pessoa contra si mesma, em homenagem ao caráter (ao menos em parte) irrenunciável da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como ocorre, por exemplo, nos casos de internação compulsória e de cogente submissão a determinados tratamentos.

Políticas educacionais que estimulem o correto consumo de alimentos, que enfatizem a necessidade de realização de exercícios físicos aliados ao controle do setor produtivo de gêneros empregados, direta ou indiretamente, na elaboração de produtos de consumo humano – quantidade de conservantes, de sal e de condimentos -, a veiculação de informações acerca do risco e ou do benefício de alguns comportamentos alimentares são alguns exemplos que demandam a participação de toda sociedade para, em comunhão de esforços com o poder público, buscar benefícios comuns que a ambos irão aproveitar a saúde da população, porque gozará de melhores condições de saúde; e, ao

¹³⁴ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. In: SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. p. 37.

poder público, porque economizará recursos financeiros que poderão ser empregados em outros setores de sua missão institucional.¹³⁵

Outra não é a exegese das normas encartadas na Constituição Federal de 1988 e na Lei 8.080 de 1990. Conforme se extrai do inciso III do art. 198 daquela e do inciso VIII do art. 7º desta, o direito à saúde na modalidade preventiva engloba o dever de toda comunidade representando objeto de valores democráticos e de solidariedade. Se um dos objetivos da República é a promoção do bem-estar de todos, por consequência, todos têm a obrigação de coadjuvar o poder público nesse desiderato.

Cumpridas as providências mencionadas em prol do bem-estar geral, estará o Estado cumprindo preventivamente o dever de prestar integralmente o direito à saúde da população.

Não obstante, cumpridas todas as medidas preventivas relacionadas a evitar a ocorrência de enfermidades e vindo estas a se manifestarem, tem o Estado o dever de prestar a mais ampla assistência objetivando buscar a cura das enfermidades manifestadas. Assim, a manutenção de rede hospitalar habilitada a atender às mais diversas especialidades da medicina, com quadro clínico capacitado, a oferta de exames ambulatoriais e laboratoriais de diagnóstico, a disponibilidade de equipamentos modernos conforme a evolução das técnicas medicinais, o fornecimento de medicamentos de espectro atualizado conforme pesquisas farmacêuticas, constando ou não nos protocolos clínicos do Ministério da Saúde e incluídos ou não na Relação Nacional de Medicamentos, são decorrências básicas do atendimento integral da saúde da população.

Em que pese às utópicas colocações acima expostas, não é o que se observa na prática. Hospitais sucateados, insuficiência de especialidades profissionais, superlotação de leitos hospitalares,

¹³⁵ Já anteriormente à Constituição de 1988 era evidente a preocupação do Poder Público em desenvolver políticas de cunho geral buscando educar a população para uma boa saúde. Decorrência disso foram os programas implementados após a criação, em 1925, pelo Governo Federal, da Inspeção de Educação Sanitária e dos Centros de Saúde, em que se buscava proteger a população de um modo geral e de forma preventiva contra doenças de cunho contagioso e infecto-contagioso, mediante políticas públicas de cunho educativo e preventivo. “Uma das inovações foi exatamente a criação de uma *Inspeção de Educação sanitária e Centros de Saúde*, incumbidas de ‘promover a formação da consciência da população em geral e dos serviços de profilaxia específica’. Os *Centros de Saúde* deveriam procurar atrair a população para tratá-la nos casos indicados ou encaminhá-los a instituições adequadas, padronizando os tratamentos das doenças transmissíveis, localizar focos, criar condições para educar o paciente e a família. (conforme o original). In: YUNES, João; CAMPOS, Oswaldo. O papel da faculdade de saúde pública na formação de recursos humanos para a saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, 1984, p. 64.

inadequada localização de centros de especialidades avançadas, defasagem dos medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, falta de verba para manutenção de equipamentos e instalações hospitalares são algumas das constatações que vêm à tona no dia-a-dia dos noticiários. E ainda que vivamos em um Estado Federado, onde quase um terço de toda riqueza produzida é convertida aos cofres públicos na forma de impostos, os mais mezinhos direitos sociais são desrespeitados; e desrespeitados, aliás, logo pelo ente que a Constituição determina seja o tutor de nossos interesses: o próprio Estado.

Pelas observações levadas a efeito, e sem muito esforço, é possível afirmar que é ironicamente a classe social hipossuficiente a que mais sofre as conseqüências da ausência quase total do poder público porquanto são os componentes desta classe que necessitam se submeter às vicissitudes do dia-a-dia em busca de amparo social em evidente afronta ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e em inobservância dos deveres primários a cargo do Estado.

Já os componentes da classe social mais favorecida - notadamente por conta da ausência estatal - buscam na iniciativa privada o melhor atendimento possível para a cura de suas enfermidades. Os melhores remédios que o dinheiro possibilita comprar, o acesso aos melhores diagnósticos - preventivos e curativos - que a tecnologia logrou desenvolver, as melhores clínicas e hospitais, os mais renomados profissionais e uma variada gama de outros benefícios que lhes possibilite a mais elevada qualidade de vida, coisa que, para a maioria dos componentes do substrato social, é mera ilusão alcançar.

Ainda que não seja esta a dimensão que se pretende defender neste trabalho, porquanto não é este o conteúdo de excelência que ousamos atribuir ao Estado como decorrência do dever de cumprir as normas elencadas na Constituição de 1988, enfatizamos, porém, que é seu dever atender integralmente às demandas relacionadas à saúde da população, oferecendo um conteúdo razoável de especialidades - algo que não necessariamente seja o máximo, mas, também, que não seja o mínimo como ocorre na atual conjuntura -, de diagnósticos, de medicamentos e demais serviços, que efetivamente possibilitem curar as patologias que afligem a população, tudo em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Tais efeitos são observados, tanto por profissionais da área médica quanto por pacientes. É o que comenta o Professor da Cadeira de

Reumatologia e Imunologia da PUCRS, o médico Von Muhlen¹³⁶, em artigo publicado no Jornal Zero Hora.

No papel o Brasil é exemplar. Segundo nossa Constituição, “saúde é direito de todos e dever do Estado”. Na realidade vivida por médicos e pacientes, contudo, percebe-se que estamos longe do acesso amplo e irrestrito a serviços e soluções de saúde comprovadamente eficazes, previstos pela Carta Magna. [...] Como sabemos, essa não deveria ser a realidade de nosso país. Apontam-se, em princípio, dois motivos fundamentais para a situação que se instalou, inclusive em Estados economicamente mais desenvolvidos. Em primeiro lugar, a falta de regulamentação da Emenda Constitucional 29 acaba, na prática, permitindo que recursos já escassos sejam desviados para outras áreas. Segundo, problemas crônicos da (indi)gestão do sistema de saúde geram gastos desnecessários, com alocação inadequada da verba disponível.

Sarlet¹³⁷, ao comentar a fragilidade da espécie humana, hipossuficiente em relação a bens materiais, que deposita no Estado a esperança de auxílio para viver a vida com dignidade, assevera que:

Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da dignidade).

¹³⁶ VON MUHLEN, Carlos Alberto. Teoria e prática da saúde. **Zero Hora**, Porto Alegre, p. 19, 04 maio 2011.

¹³⁷ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 102.

Na prática, muitas vezes o que ocorre é diametralmente o oposto: desvio de verbas destinadas à saúde, manipulação contábil do orçamento público e má gestão do material humano. Tal procedimento resta evidenciado a cada dia na mídia escrita e falada.¹³⁸

Quando o clamor que mais se ouve, sempre que o assunto é saúde, aponta a falta de verbas para custear desde programas de prevenção até tratamentos de alta complexidade, é lamentável constatar o desvio de dotações e, o que é pior, a posterior manipulação da prestação de contas. Fica evidente no relatório do ministério que as deficiências, reconhecidas em muitas áreas dos serviços públicos, são agravadas por desvios. Trata-se de um recurso ilegal e imoral, por retirar verbas de um setor essencial e transferir informações enganosas aos controladores dos gastos.¹³⁹

Não observados tais parâmetros e guardadas as devidas proporções, é forçoso concluir que, na malfadada realidade do sistema público de saúde de nosso país é melhor ser rico com saúde que pobre e doente.

2.3 AÇÕES ESTATAIS DE CARÁTER PROSPECTIVO RELACIONADAS AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O Brasil, a despeito de ainda ser considerado um país em desenvolvimento, dependente em grande proporção do conhecimento científico estrangeiro – no que tange às pesquisas farmacêuticas e medicinais é na Europa, especialmente a Alemanha, França e Suíça, onde os maiores laboratórios de pesquisas se encontram sediados - tem demonstrado nos últimos anos uma significativa capacidade de enfrentamento dos problemas sociais. Evoluímos em qualidade de vida, conforme parâmetros utilizados pela ONU para medir o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH); somos referência na produção de

¹³⁸ Colunas jornalísticas das mais variadas retratam os problemas da saúde no Brasil: **A baga da desoneração** – Diário Catarinense, de 08 de fevereiro de 2011; **Governo corta o ICMS de remédios para câncer**, Diário Catarinense de 08 de fevereiro de 2001; **Saúde investe em ações de prevenção às doenças sexualmente transmissíveis no Carnaval**, Jornal Sul Brasil, de 25 de fevereiro de 2011; **Voluntárias da Rede Feminina de Combate ao Câncer prestam atendimento gratuito**, Diário Catarinense, de 23 de maio de 2011.

¹³⁹ O DESPREZO pela saúde. Diário Catarinense, Florianópolis, 06 de julho de 2011, p. 12.

medicamentos denominados genéricos; quebramos a patente de medicamentos tidos por essenciais para o tratamento de epidemias (HIV, tuberculose e algumas espécies de câncer); conquistamos e ampliamos benefícios sociais – seguro desemprego, renda mínima, bolsa educação, assistência social razoável, dentre outros -; trilhamos a largos passos o caminho da estabilidade financeira e visualizamos, num futuro não muito distante, a participação nas maiores decisões do planeta. Por óbvio, muitos benefícios sociais ainda se fazem ausentes na vida de algumas camadas da população, mas o passo inicial da grande caminhada foi alçado.

No labirinto das possibilidades, o caminho correto foi tomado, basta nele prosseguir, ir em frente, ousar, inovar. A relação interesse econômico *versus* interesse social deve ser redimensionada. De nada adianta proclamarmos direitos fundamentais se não organizarmos um Estado equilibrado nos pressupostos da isonomia real – e não apenas na enganosa aparência do sufrágio universal como exercício da democracia –, com reais possibilidades de se influenciar nas mais diversas esferas de poder, de usufruir da liberdade garantida pelo próprio Estado como decorrência do direito de ser livre, jurídica e materialmente, no exercício do direito a uma vida mínima, de ter acesso às prestações básicas do Estado apenas pelo fato de ser pessoa humana, digna por nascimento e igual pela Constituição. Assim, são estes aspectos organizacionais e procedimentais que ampliam a dignidade da pessoa humana.

2.3.1 Programas adotados pelo Estado em prol da integralidade da saúde

Em nível de Governo Federal, várias foram as ações implementadas em favor de melhor qualidade de vida da população, podendo ser citadas na área da saúde e decorrentes da criação do Sistema Único de Saúde (SUS), objeto da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, além daquelas genericamente antes referidas: a criação de comitês gestores da saúde pública com a participação de vários segmentos da sociedade; a instituição do programa nacional de combate à fome e à miséria – grandes causadoras de doenças; a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), pela Lei 9.961 de 28.01.2000¹⁴⁰; a instituição do subsistema de atenção à saúde indígena,

¹⁴⁰ Órgão regulador ligado ao Ministério da Saúde que tem como objetivos institucionais promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais - inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores - e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

pela Lei 9.836/90; do subsistema de atendimento e internação domiciliar, pela Lei 10.424/2002; do subsistema de acompanhamento durante o trabalho de parto e pós-parto, pela Lei 11.108/2005; atenção e manejo ambiental relacionado ao controle de vetores de doenças; investimento em pesquisa e desenvolvimento de drogas genéricas por princípio ativo e não por marca comercial.¹⁴¹

Também os Estados Federados e os Municípios têm desenvolvido programas relacionados à saúde pública. Não obstante, a alegada ausência de recursos financeiros suficientes para atender a todas as demandas da população e a não-regulamentação das normas constitucionais relacionadas aos direitos sociais – principalmente a edição da Lei Complementar reclamada pelo § 3º do art. 198 da Constituição Federal com a redação que lhe foi conferida pela EC nº 29 de 2000 - diversas outras medidas de promoção da saúde foram tomadas.

Por conta da estruturação do Sistema Único de Saúde e da divisão de tarefas adotadas por este sistema, os Estados Federados e os Municípios foram os entes que maiores responsabilidades tiveram. Enquanto a União ficou responsável pela gestão financeira do sistema, os estados e municípios ficaram responsáveis pela prestação material dos serviços de saúde: administração de hospitais, organização de centros de saúde, manutenção de corpo clínico nas diversas especialidades. Bem sucedida a experiência decorrente do sistema na forma como foi organizado. Os Estados Membros e os Municípios são os entes da federação que melhores condições têm para atender às demandas relacionadas às prestações básicas do sistema de saúde público e, mesmo que não sejam atendidas as normas acerca da transferência de recursos suficientes para o amplo atendimento de todas as obrigações impostas na forma em que se encontra estruturado o sistema, canalizam todos os esforços materiais disponíveis para o cumprimento do dever institucional de buscar as melhores condições de vida à sua população.

¹⁴¹ Em 1997 o Brasil “quebrou” a patente do medicamento anti-retroviral Efavirenz, pertencente ao Laboratório Merk da Alemanha permitindo que cerca de duzentos mil brasileiros portadores do vírus HIV pudessem ser tratados com a redução nos custos de tratamento em quase 60%. Tal fato, somado à agressiva política externa do governo brasileiro, fez com que a Organização Mundial da Saúde (OMS) se empenhasse em negociar com os governos de outros países, notadamente os sede de laboratórios detentores de patentes laboratoriais, fechando acordo no sentido de permitir a fabricação de alguns remédios sem a necessidade de pagamento de royalties por conta do acordo de propriedade intelectual (Trips).

2.3.2 O enfrentamento de patologias relacionadas aos componentes humanos, classe ou grupo de propensão

A longa experiência em políticas públicas desenvolvidas no setor de saúde no Brasil tem demonstrado que os regionalismos, em se tratando de saúde pública, devem ser respeitados.

Pela diversificação demográfica de nosso país, as propensões a determinadas doenças sempre se fizeram presentes. A adoção de políticas preventivas relacionadas a patologias de antemão relacionadas a determinados grupos de pessoas por conta de suas peculiaridades é fruto dessa experiência. É sabido que determinados indivíduos, seja pela faixa etária, pela classe social a que pertençam, pelo aspecto genético ou grupo de risco, são propensos a determinadas doenças e, embora sejam os seres humanos diferentes entre si, é possível identificar essas potencialidades ou propensões permitindo a antecipação de medidas - educativas, de submissão compulsória a tratamentos preventivos, de vacinação em massa – objetivando a prevenção de doenças. A identificação dessas características possibilita a adoção de políticas públicas direcionadas a impedir o surgimento de doenças de fator conhecido, decorrendo, como consequência lógica, a redução de gastos com o tratamento dessas enfermidades, permitindo a realocação de recursos para outros setores da sociedade que sempre necessitarão de investimentos públicos.

Enquanto os estados do sul e do sudeste tiveram colonização eminentemente européia, os estados do norte e do nordeste tiveram colonização de base escravocrata, e as diferenças destes componentes humanos influenciam em demasia no surgimento e forma de tratamento de doenças. Descuidando destes aspectos, políticas públicas generalistas poderão apresentar resultados insatisfatórios, enquanto políticas de caráter regionais ou locais têm maiores chances de sucesso. Tratar de forma diferenciada estes fatores resulta em organização e eficiência ao sistema público de saúde.

Pesquisas levadas a efeito por profissionais da saúde¹⁴² indicam que o clima e a umidade da Região Norte é mais propenso ao surgimento de doenças transmissíveis por insetos, enquanto que na Região Sul as doenças pulmonares afloram por conta das baixas temperaturas preponderantes em boa parte do ano. É bem provável que

¹⁴² Algumas pesquisas relacionadas a patologias de propensão podem ser encontradas no site <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/488_pesquisa_custos_marcia_pinto.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2011.

programas de combate a insetos transmissores de doenças terão maiores chances de sucesso no norte que no sul, já as vacinas contra a gripe são mais adequadas à Região Sul.

2.4 OBJEÇÕES AO CUMPRIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – COLISÃO DE NORMAS E TÉCNICAS DE SOLUÇÃO

A busca por elementos que forneçam melhores condições de vida ou que fomentem uma vida com mais dignidade é tarefa de todos. O Estado, enquanto instituição centralizadora dos comandos normativos de regência da vida social, tem o dever de implementar políticas públicas prestacionais em prol do bem-estar da população. Os indivíduos - aqui incluídos todos os componentes do substrato social - têm a obrigação de coadjuvar o Estado nesse desiderato.

Evidência disso são as normatizações de condutas na esfera penal, com coerção física pelo descumprimento de suas normas.¹⁴³ Cuidar da própria saúde, da integridade física e psíquica, por conta, inclusive, do caráter irrenunciável e inalienável dos direitos fundamentais, é o mínimo que se deve exigir de todos e de cada um. Sob este prisma, enquanto o Estado tem o dever de prestar assistência material à população, esta tem o dever de colaborar para que os dispêndios financeiros com as políticas sociais sejam o mais reduzido possível.

Não obstante, tenha o Estado o dever de atendimento integral à saúde de toda população, quando instado a cumprir o mister que as normas constitucionais lhe impõe, opõe-se sob os mais variados argumentos. Alguns de caráter legal – negando eficácia e aplicabilidade imediata às normas contempladoras de direitos fundamentais –, outros de caráter estritamente financeiro – inexistência de recursos orçamentários para atendimento das demandas relacionadas à saúde –, outros, ainda, relacionados à própria organização e estrutura do sistema federativo – separação dos poderes.

¹⁴³ A concepção dos deveres de proteção relacionados aos direitos fundamentais não só permite ao Estado a criminalização de condutas, mas, sobretudo, lhe impõe o dever de criminalizar condutas quando estas virem a afetar os direitos fundamentais. “normas de direitos fundamentais impõem ao Estado deveres de proteção, que podem se estender até um dever de criminalizar certos atos”. In: ALEXY, R. *op. cit.*, p. 28.

2.4.1 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais

Por se entender superadas as discussões em relação à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais contempladoras de direitos fundamentais - matéria suficientemente debatida para os propósitos deste trabalho no primeiro capítulo, item 1.2 –, convém ressaltar apenas, que a Constituição Federal, alinhada com a melhor doutrina em relação à matéria, teve o mérito de reconhecer o caráter ampliativo/extensivo das normas que contemplem direitos sociais, outorgando-lhes o superlativo da petreabilidade. Desta banda, qualquer tentativa do legislador em se imiscuir no alcance e no conteúdo das normas contempladoras de direitos sociais implicará inconstitucionalidade.¹⁴⁴ Os direitos e garantias individuais, em nosso ordenamento jurídico, receberam a mais sólida proteção constitucional, sendo contemplados com a cláusula de rigidez extrema do § 4º do artigo 60, retirando do alcance do legislador qualquer possibilidade de deliberar, ainda que pelo mecanismo de Emenda à Constituição, a abolição ou diminuição de suas garantias.

Tais efeitos foram observados com propriedade por Ramos¹⁴⁵ ao preconizar que, além da vedação à eliminação em espécie de qualquer direito ou garantia fundamental, a tentativa transversa ou indireta de eliminação também se encontra vedada pela Constituição:

Se, a partir da extensão que viemos de prescrever, se adotar para o versículo constitucional uma interpretação estrita, fundada na literalidade do que está ali expresso, terá o Constituinte proibido a eliminação de todo e qualquer direito ou garantia fundamental e, mais do que isso, terá vedado até mesmo a modificação do regime jurídico-constitucional do direito ou garantia,

¹⁴⁴ Ainda que não desprezando a possibilidade de o legislador infra-constitucional poder regulamentar normas constitucionais de alcance social, doutrinadores da estirpe de Sarlet entendem que tal possibilidade somente se faz possível desde que não esgotado o núcleo fundamental dos direitos fundamentais, porquanto “[...] o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais [nestes incluindo-se o direito social à saúde, amplamente citado pelo autor em toda extensão de sua obra] é blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade[...]”. SARLET, I.W. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. In: SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. p. p. 25.

¹⁴⁵ RAMOS, Eival da Silva. **A Proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 229.

sempre que isso implicar seu amesquinamento, visto que indicativo de uma tendência a (sic) futura eliminação.

Assim também afirma Tavares¹⁴⁶, ao tratar especificamente das normas constitucionais contempladoras do direito à saúde, que a Constituição albergou ao direito à saúde a “[...] eficácia plena, merecendo aplicação instantânea e incondicionada, já que dotada de força normativa para produzir efeitos concretos independentemente de regramento posterior [...]” dando a entender que as normas constitucionais instituidoras do direito à saúde gozam do qualificativo eficaz mais amplo e da maior das garantias previstas no texto constitucional como “proteção absoluta aos direitos fundamentais consignados no Texto Maior”.¹⁴⁷

Evidentemente, ao se considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito (sic), pautada que está no respeito aos direitos fundamentais, forçoso concluir que a norma constitucional que assegurou a todos o direito à saúde tem eficácia plena, merecendo aplicação instantânea e incondicionada, já que dotada de força normativa para produzir efeitos concretos independentemente de regramento posterior. Entendimento contrário, com certeza, despreza a proteção absoluta aos direitos fundamentais consignado (sic) no Texto Maior.

Também em Bonavides¹⁴⁸, quando este aborda as normas constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais, é possível encontrar ensinamentos suficientes para defender a aplicabilidade imediata dos comandos normativos inseridos no Texto Maior relacionados aos direitos sociais, notadamente dos relacionados à saúde, por conta do princípio norteador dos fundamentos da República e da estrita relação dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana.

A Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios

¹⁴⁶ TAVARES, P.C.V.. *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁸ BONAVIDES, P. *op. cit.*, p. 641.

do Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria de mera abstração.

Autores outros poderiam ainda ser citados para reforçar a tese de que as normas constitucionais que alberguem direitos sociais, dentre estes o direito à integralidade da saúde, gozam de eficácia plena, aplicabilidade imediata e incondicionada e são qualificadas pela petreabilidade admitindo, tão-somente, propensão ampliativa/extensiva de seus comandos em consonância com os princípios acolhidos pelo legislador constituinte de 1988 e, ainda, “[...] que inexista previsão expressa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, [...] não significa que os direitos fundamentais consagrados pela nossa Constituição não possuam um caráter essencial impenetrável [...]”¹⁴⁹, considerando, entretanto, que o núcleo essencial reste respeitado por limites impostos pela própria Constituição, tanto formal quanto materialmente.¹⁵⁰

2.4.2 A divisão do poder e a invasão de competências

Cunhada por Montesquieu no Século XVIII, a Teoria da Separação dos Poderes¹⁵¹ tinha por escopo evitar a violência e a arbitrariedade do governante em relação aos governados, comum até então na França e nos demais regimes monárquicos de nações europeias. Assentado na tese de que a distribuição do poder em três níveis de competências possibilitaria o controle do poder pelo próprio poder,

¹⁴⁹ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 114

¹⁵⁰ Há os requisitos formais e materiais a serem necessariamente respeitados pelas leis restritivas. Os primeiros são responsáveis por uma atuação de proteção formal, ou seja, visam salvaguardar todas as etapas do procedimento pelas quais a lei restritiva deve trilhar, tal como: a expressa autorização constitucional. Por sua vez, os requisitos materiais buscam “[...] assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e regras da Constituição, como o princípio da proporcionalidade e o princípio do conteúdo essencial.” In. SOUZA, A.B. *op. cit.*, 2009.

¹⁵¹ A Teoria da Separação dos Poderes (ou da Tripartição dos Poderes do Estado) é a teoria de ciência política desenvolvida por Montesquieu, no livro *O Espírito das Leis* (1748), que visou moderar o Poder do Estado, dividindo-o em funções e dando competências a órgãos diferentes do Estado. No livro *O Espírito das Leis*, Montesquieu analisa as relações que as leis têm com a natureza e os princípios de cada governo, desenvolvendo a teoria de governo que alimenta as ideias do constitucionalismo, que, em síntese, busca distribuir a autoridade por meios legais, de modo a evitar o arbítrio e a violência.

Montesquieu lançou a pedra angular do moderno sistema constitucionalista, adotado entre nós desde a Constituição Imperial de 1824 - ainda que com a contemplação de um quarto poder, exercido exclusivamente pelo Imperador¹⁵² - até a vigente Constituição Cidadã de 1988.¹⁵³

A tradição constitucional brasileira, fiel à doutrina da divisão tripartite do poder, sempre respeitou a existência das três esferas de competências, com previsão de três poderes, independentes e harmônicos entre si; todos, porém, componentes do poder centralizado e soberano da nação. Decorrência disso é que a nação é uma só e, independentemente de qual poder seja incumbido pela Constituição ou pelas leis, de prestações decorrentes de direitos fundamentais, os demais poderes deverão coadjuvar em tal desiderato. Dessa forma, como as prestações decorrentes dos deveres estatais não estão inseridas somente neste ou naquele poder e, sim, são exercidas com a colaboração e harmonia dos três poderes, “[...] possuem eficácia em todo ordenamento jurídico e fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciário e executivo [...]”¹⁵⁴ e, em se tratando da implementação de direitos fundamentais de cunho social – o direito à saúde – não há argumento suficientemente plausível que possa defender a não-interferência do poder judiciário na implementação de direitos fundamentais, acolhendo pretensão deduzida em juízo por conta do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, seja em relação à inércia legislativa em regulamentar norma constitucional, seja em relação à inércia do executivo em implementar políticas de atendimento integral às demandas da população¹⁵⁵. Como já frisado em diversas passagens deste trabalho, o direito à saúde como direito fundamental de cunho

¹⁵² Colhe-se do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1824 a existência do Poder Moderador, exercida privativamente pelo Imperador por delegação de toda Nação. Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial (conforme o texto original).

¹⁵³ O Princípio da separação ou da divisão de poderes foi sempre um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro. Recorde-se que a Constituição do Império (1824) adotava a separação quadripartita de poderes, segundo formulação de Benjamin Constant: Poderes Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário. As demais constituições assumiram a formulação tripartite de Montesquieu.

¹⁵⁴ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 143.

¹⁵⁵ Alexy (2008, p. 29 e ss), assevera que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes estatais e representam a abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que se apresenta razoável e que deverá ser concretizada pelos meios racionais, notadamente pela interpretação das normas constitucionais como um conjunto harmônico de disposições.

prestacional é autoaplicável pelos próprios comandos inseridos na Constituição Federal não necessitando de intermediação legislativa para ser usufruído por seus beneficiários, sendo dever do Estado - mediante a especialidade da divisão de tarefas com atribuição ao executivo - tomar as medidas necessárias ao usufruto de tal direito sob pena de, não o fazendo, seus beneficiários buscarem no judiciário sua implementação coativa.

O exercício do direito de ação concretiza a força normativa inserida na ordem jurídica, permite que por meio de um dos poderes do Estado se dê concretude aos ditames constitucionais porque “[...] embora a Constituição não possa por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas [...]”¹⁵⁶ ao Estado para dar concretude aos direitos fundamentais: ao Poder Legislativo, de elaborar leis aptas a regulamentar a Constituição quando os comandos não são, por si só, aptos ao exercício de direitos; ao Executivo, para executar tarefas direcionadas ao usufruto dos direitos decorrentes da própria Constituição ou das leis regulamentadoras; e, ao Judiciário, de interpretar com força declaratória e de fixar o alcance das normas jurídicas como última instância do Poder Soberano.

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.¹⁵⁷

No momento que um dos poderes da república não cumprir suas obrigações constitucionais e legais, a harmonia do sistema restará fragilizada e o jurisdicionado desprotegido contra as ingerências do poder. Tudo decorre, nesta perspectiva, em respeitar a vontade inserida na Constituição, não só “[...] a vontade de poder (*Wille zur Macht*)”, mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”.¹⁵⁸ (Conforme o texto original).

A eficácia condicionante dos direitos sociais perpassa a discussão que se poderia eventualmente travar acerca da divisão do poder; representa, em especial, obediência à própria Constituição, porquanto

¹⁵⁶ HESSE, K. *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁷ *Idem*, *ibidem*.

¹⁵⁸ *Idem*, *ibidem*.

esta nem sempre se apresenta clara e precisa, necessitando da exegese – em última instância a cargo do Poder Judiciário – para surtir efeitos concretos quando duvidoso o alcance de seus comandos.¹⁵⁹

A exegese constitucional coloca em destaque o problema da força normativa das diretrizes constitucionais, por meio de regras e aplicações que tornam possível assegurar eficazmente a proteção do texto constitucional, a partir do controle das leis por meio de sentenças interpretativas, que observem os princípios e valores constitucionais. [...] O Direito Constitucional moderno inclui garantia dos direitos fundamentais, que se efetivam por meio de ações constitucionais típicas, que se concretizam, também, por intermédio de ações, processos e procedimentos, que tornam possível a participação da cidadania, em seus diversos aspectos e conseqüências. [...] O acesso à Justiça passa, desta forma, a ser um direito fundamental protegido pelo Estado Constitucional ao mesmo tempo em que é a garantia da efetividade de todos os demais direitos fundamentais.¹⁶⁰

¹⁵⁹ É o que se colhe do voto da Ministra Eliana Calmon no REsp 771.537/RJ, cujo acórdão restou assim ementado: “Administrativo – controle judicial de políticas públicas – possibilidade em casos excepcionais – direito à saúde – fornecimento de medicamentos – manifesta necessidade – obrigação do poder público – ausência de violação do princípio da separação dos poderes – não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. *In casu*, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros”.

¹⁶⁰ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Considerações sobre o desafio da magistratura contemporânea na implementação dos direitos humanos e fundamentais. **Revista CEJ**, Brasília, DF, a. XIII, n. 45, p. 25, abr./jun. 2009.

Não observadas essas diretrizes, restaria um sistema de normas sem possibilidade de coerção em caso de descumprimento e, sob o argumento da separação dos poderes, qualquer direito, por mais fundamental que fosse, ficaria ao alvedrio do administrador público e de seu quase ausente caráter humanista e boa vontade social. Assim, é conveniente desde já deixar claro que a falácia da separação dos poderes não tem aplicabilidade quando se trata de direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais relacionados à saúde. E é neste sentido que a sensibilidade de nossos Tribunais tem se mostrado coerente com o princípio norteador da Constituição Federal: o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.4.3 A insuficiência de recursos financeiros para o atendimento das demandas relacionadas à saúde da população

Já em relação à inexistência de recursos financeiros para implementação dos direitos sociais, especificamente a saúde, melhor sorte não segue a linha de argumentos adotada pelos entes públicos.¹⁶¹ Especificamente em relação ao direito à saúde, é entendimento majoritário de que esta é serviço público de primeira necessidade que deve sempre ter a preferência do administrador público no manejo a aplicação de recursos financeiros orçamentários.

Consoante anotado pelo magistrado Wanderlei José dos Reis ao apreciar demanda judicial aforada pelo Ministério Público em desfavor do Município de Sorriso e do Estado do Mato Grosso visando o

¹⁶¹ Colhe-se da decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 45, que [...] É que a realização dos direitos sociais e culturais – além de caracterizarem-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades financeiras do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Políticas Públicas. Intervenção Judicial. “Reserva do Possível”. Relator Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União 04.5.2004.

cumprimento do dever de fornecimento de medicamentos para atender a faceta curativa do direito à saúde, este direito se inclui entre os direitos primordiais da população e deverá ser garantido pelo Estado mediante o manejo adequado dos recursos orçamentários sob sua administração.

Deve-se ter em mente, também, que o direito à saúde é, senão o principal, um dos direitos de prestação primordiais, consagrado pelo legislador constituinte, plenamente exercível contra o Estado, aqui entendido em sentido amplo, abrangendo quaisquer dos entes da federação.¹⁶²

E referido magistrado considera que a Constituição Federal atribui a saúde como imposição ao Estado, o qual deve buscar medidas que visem sua potencialização por meio da prevenção de mazelas que atentem contra a saúde da população. O artigo 196 da Constituição Federal¹⁶³ versa que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não pode o Estado esconder-se atrás da alegação de impossibilidade de prestação da saúde ante a multiplicidade de objetivos que lhe são impostos, utilizando-se deste argumento como escudo em face da oposição por parte do cidadão de direito que lhe é garantido pela Constituição da República.¹⁶⁴

Considerando que as demandas relacionadas à saúde não decorrem exclusivamente de políticas sociais - porquanto estas são enquadráveis na maioria das vezes nas providências de caráter preventivo e têm por objetivo evitar o surgimento de patologias de caráter geral -, é nos casos concretos em que o Estado é instado ao

¹⁶² Íntegra da decisão poderá ser consultada nos autos do processo nº 2818.70.2010.811.0040 da Comarca de Sorriso, no endereço eletrônico <http://www.direitolegal.org/tribunais-estaduais/omissao-atenta-contragarantia-constitucional/>. Acesso em: 12 mar. 2011.

¹⁶³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁶⁴ REIS, José Wanderlei dos. **Omissão atenta contra garantia constitucional**. Disponível em: <http://www.direitolegal.org/tribunais-estaduais/omissao-atenta-contragarantia-constitucional/>. Acesso em: 12 mar. 2011.

fornecimento de medicamentos, muitas vezes de alto custo ou de eficácia duvidosa, que a questão se torna mais delicada.

Digna, também, de referência é a decisão prolatada pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, ao apreciar demanda aforada pelo Ministério Público Federal em desfavor da Fundação Nacional do Índio e da Fundação Nacional da Saúde, visando ao fornecimento de medicamentos a toda população indígena do Estado do Rio Grande do Sul, da qual se abstrai a seguinte passagem.

[...] (a) escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representada pelos direitos fundamentais.¹⁶⁵

Note-se que, a despeito dos argumentos expendidos pelos entes públicos demandados - componentes da administração pública federal no caso referido -, o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, importando ou não a alocação de recursos financeiros deverão ter sempre primazia frente às alegações de caráter estritamente orçamentário; eventuais objeções fundadas na “Teoria da Reserva do Possível” sucumbem em contraponto aos direitos fundamentais.

Toda vez que o direito à saúde necessitar entrar na fila comum da disputa por verbas orçamentárias; que se lhe atribua o mesmo tratamento dispensado à manutenção de certos privilégios classistas; que a vida humana tenha o mesmo valor dos encargos da dívida pública; menos os direitos fundamentais serão respeitados e a dignidade da pessoa humana tornar-se-á apenas um ideal utópico de poucos humanistas sonhadores que passarão toda sua vida lutando contra o poder sem lograr alcançar seus objetivos. As normas constitucionais foram ordenadas

¹⁶⁵ **REsp nº 811618/RS**, julgado em 04.6.2007 pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600123528&pv=000000000000>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

hierarquicamente pelo legislador constituinte com um propósito específico: garantir que os direitos fundamentais tenham primazia por conta do caráter de *Constituição Cidadã* atribuído à Constituição Federal de 1988.

Como no caso da faceta curativa do direito à saúde o que se busca é a garantia da vida - direito máximo na visão do legislador constituinte. A conclusão a qual se chega lastreado na orientação firme dos Tribunais Superiores, é que “[...] a vida é um direito superior, que não pode ser contrastado com questões menores, como as finanças públicas e o orçamento [...]”¹⁶⁶ e que a integralidade da saúde independe da existência de recursos financeiros específicos para atendimento das demandas da população. O remanejamento do orçamento é questão de preocupação do administrador público e não do juiz ao conceder ordem para cumprimento do dever constitucional de fornecimento de medicamentos que visem garantir a saúde da população, ainda mais quando a vida do beneficiário da norma constitucional está em risco.

A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumba a administração da justiça, mas, apenas a administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes.^{167/168}

¹⁶⁶ AMARAL; MELO. SARLET; TIMM. p. 79.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever constitucional do poder público (CF, ARTS. 5º, caput, e 196) - Precedentes (STF) – Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. RE 271286 Agr/RS, julgado em 12.9.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 30 mar. 11.

¹⁶⁸ Extrai-se do mesmo arresto que “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. [...] O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade”. RE 271286 Agr/RS, julgado em 12.9.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso: 30 mar. 11.

A mera alegação de insuficiência financeira não representa argumento plausível apto a ensejar acolhimento do Poder Judiciário em sacrifício do direito fundamental à saúde, porquanto os ditames da proporcionalidade e da razoabilidade, levados em consideração como parâmetros de sopesamento entre direitos colidentes, apresentar-se-ão aptos a dar solução à problemática.

[...] os direitos a prestações estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade [...] a reserva do possível, enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, não é absoluta mas sujeita a um padrão de razoabilidade (enquanto racionalidade) e proporcionalidade.¹⁶⁹

2.4.4 Antinomia entre normas constitucionais e técnicas de solução

O controle judicial das normas jurídicas é questão inerente ao postulado da divisão do poder. As aparentes lacunas ou os conflitos normativos, notadamente em se tratando de normas de direitos fundamentais com sede constitucional, são matérias submetidas ao controle dos tribunais. Ainda que a Constituição Federal utilize o sistema aberto de controle das normas, permitindo que qualquer juiz analise a validade das normas jurídicas em confronto com a Constituição, aplicando ou rejeitando-as, aos tribunais incumbe a última palavra por conta do sistema recursal que rege as decisões judiciais. Esse sistema difuso de controle das normas - ao lado do sistema concentrado - é que permite a análise do alcance e da extensão das normas constitucionais que preveem direitos fundamentais.

As normas constitucionais nem sempre se apresentam isentas de dúvidas quanto sua validade e aplicabilidade às situações concretas, fato que, por certo, atinge também as normas de direitos fundamentais de cunho prestacional. Buscando solução para esse potencial problema, várias teorias foram cunhadas e, em que pese os esforços desencadeados por seus autores, nenhuma logrou êxito em apresentar solução definitiva à problemática. Em importante ensaio acerca do assunto, o professor Inocêncio Mártires Coelho, da Universidade de Brasília, esclarece que, a despeito dos vários métodos sugeridos pela doutrina clássica para enfrentamento das aparentes antinomias das normas constitucionais, especialmente das doutrinas de Böckenförde e de Canotilho, “[...] a rigor

¹⁶⁹ OLSEN, A.C. *op. cit.*, p. 213.

não constituem abordagens hermenêuticas autônomas, mas simples concretizações ou especificações do método da compreensão [...]”¹⁷⁰ das normas constitucionais como um sistema uno, apontando a existência dos métodos: “da correção funcional; da eficácia integradora; da força normativa da Constituição; e da máxima efetividade”¹⁷¹, que somados aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ensejarão solução a qualquer demanda interpretativa que venha a ser instalada por conta da aplicação da Constituição.

Enfatiza, entretanto, Coelho¹⁷², que “[...] tais princípios não têm caráter normativo, o que significa dizer que não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo como simples tópicos ou pontos de vista hermenêuticos [...]” dos quais se valerá o hermenauta quando instado a dar solução a um caso concreto.

Outro princípio que se deverá levar em conta por ocasião da interpretação das normas jurídicas, com sede constitucional, é o princípio da unidade da Constituição. Decorre desse princípio, enquanto fundamento de todo sistema jurídico, a obediência a determinados valores decorrentes do sistema lógico-jurídico, que se encontram inseridos no próprio texto constitucional ou que decorram de interpretações que possam ser extraídas logicamente do sistema como um todo, apoiado nos outros princípios antes citados.

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.¹⁷³

Atentar para o conjunto normativo como um sistema uno possibilita o enfrentamento e solução de qualquer antinomia que se

¹⁷⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Código Civil e sua interpretação conforme a constituição. In: FRANCIULLI NETTO, D. *et al.* (Org). *op. cit.*, p. 32-46.

¹⁷¹ *Idem*, p. 36.

¹⁷² *Idem*, p. 38.

¹⁷³ *Idem*, 40-1.

estabeleça na aplicação das normas jurídicas. Dentro do sistema jurídico é possível solucionar qualquer problema, porquanto nos casos de aparente incompletude da norma, os princípios do ordenamento jurídico apresentam as respostas para essas antinomias. Mesmo considerando existirem vazios normativos internos no sistema de normas, tais lacunas podem ser preenchidas mediante técnicas hermenêuticas decorrentes da analogia, dos costumes, da equidade e dos princípios gerais de direito, sempre atento aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Evidência disso, e como critério de solução de aparente antinomia principiológica endoconstitucional, Alexy¹⁷⁴ leciona que “[...] as normas não devem ser consideradas isoladamente e que a precedência de uma em relação à outra dar-se-á no caso concreto [...]” conforme os “valores constitucionais”¹⁷⁵ em liça.

Prossegue o referido autor, observando que a técnica para solução da aparente contradição das normas constitucionais se dá pelo critério de sopesamento.¹⁷⁶

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstância do caso concreto. Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é válida, nenhuma tem precedência sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto.¹⁷⁷

Enquanto critério de solução de conflitos entre princípios com sede constitucional, o sopesamento permite a precedência de um princípio em relação a outro baseado em algum vetor de primazia existente no caso concreto.

Desde os já analisados argumentos levantados pelo Estado, ao ser instado a cumprir o dever constitucional relacionado às demandas da

¹⁷⁴ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 101.

¹⁷⁵ *Idem*, *ibidem*.

¹⁷⁶ Leciona Alexy que: “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”, daí vindo o termo por si empregado. Sopesamento nada mais é que verificar qual dos princípios tem mais peso perante o ordenamento como um todo; sempre, porém, em relação ao caso concreto.

¹⁷⁷ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 96-101.

saúde da população - independência dos poderes, inexistência de recursos financeiros suficientes ao atendimento de todas as demandas sociais - o do controle orçamentário é o mais lembrado. Seja por conta dos comandos normativos impostos pelas normas jurídicas, seja por conta de cumprir decisões judiciais, o argumento de que as normas orçamentárias são, tanto quanto as demais normas, cogentes em relação ao administrador público e que a violação de seus preceitos implicaria em grave instabilidade às finanças públicas, perde força de validade.

Assim, mesmo que os princípios informativos do ordenamento jurídico relacionados ao controle orçamentário sejam afetos exclusivamente ao administrador público, porquanto é de sua esfera de atribuições eleger onde e quando despender valores por conta das dotações orçamentárias -, Átis argumentos restam superados e, não obstante tais alegações, em se tratando do direito à saúde e, consequentemente à vida, as normas de direito orçamentário sucumbirão às de direitos fundamentais.

Aqui é que se resolve a reserva do possível, isto é, o direito à saúde como corolário do direito à vida, ao direito a uma vida digna, não pode padecer, sob o argumento da falta de recursos, pois, nesse caso, haveria a caracterização da aplicação de uma pena de morte, sem processo e sem possibilidade de defesa. Portanto, no que tange ao direito à saúde, cabe reconhecer um verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário para a proteção da vida humana¹⁷⁸.

Negar a precedência do direito à vida em relação às normas orçamentárias implica em restringir direitos fundamentais em evidente violação ao princípio informativo de todo ordenamento constitucional consubstanciado na dignidade da pessoa humana.

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior àquele atribuído ao princípio fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos

¹⁷⁸ OLSEN, A.C. *op. cit.*, p. 360.

fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.¹⁷⁹

Os valores eleitos pelo legislador constituinte se mostram aptos a dar solução às aparentes antinomias das normas constitucionais no que dizem respeito ao direito à integralidade da saúde, porquanto a propensão ampliativa/extensiva dos direitos fundamentais, reforçada pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, demonstra um compromisso sério da República com a saúde de toda população em evidente primazia sobre eventual alegação de caráter orçamentário.

¹⁷⁹ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 296.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIRETRIZ HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O aparato normativo de uma dada ordem jurídica soberana, ao mesmo tempo em que representa o conjunto de valores eleitos como fundantes de uma determinada sociedade em uma determinada época, condiciona e regula todas as formas de relações sociais, permitindo a adequada moldagem das normas jurídicas para melhor atender às demandas emergentes da evolução da sociedade. E, exatamente pelo fato de toda ordem jurídica se encontrar pautada na vontade estatal – seja pela produção direta e exclusiva das normas de regramento, seja pela permissão de que fontes externas ao poder estatal possam reger relações sociais¹⁸⁰ – é que o sistema normativo apresenta completude normativa, tanto quando permite ou determina a criação de normas integrativas – se as situações não foram suficientemente reguladas pela própria constituição enquanto lei maior –, tanto quando traça diretrizes hermenêuticas visando o abarcamento de todas as situações advindas das relações sociais.

Nessa esteira de argumentos, a matriz hermenêutica eleita pela Assembleia Constituinte de 1988, responsável por redigir a norma fundamental de nosso ordenamento, abarcou valores tidos por fundamentais a toda ordem jurídica.¹⁸¹ Tal aspecto resta identificável pela declaração dos princípios fundamentais elencados já no artigo 1º da Constituição da República. Assim, valores relacionados à ordem internacional, representando a soberania da nação, dividem espaço com valores representativos do status social da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Dignidade esta que restou reconhecida como princípio matriz de toda ordem constitucional e que enceta em si os valores mais supremos da pessoa humana e sob os quais gravitam os direitos fundamentais, conferindo ao ordenamento um caráter unitário e sistêmico de proteção, abarcando uma propensão extensiva de direitos relacionados à pessoa humana.

Dentro desta perspectiva, o alcance hermenêutico que se busca

¹⁸⁰ Não que o enunciado venha a fazer referência exclusiva ao positivismo jurídico de Kelsen, tampouco se quer afirmar que na atualidade o Estado representa toda fonte da produção normativa, porquanto as leis representam, invariavelmente, a ideologia reinante ao seu tempo e sua inserção no mundo do Direito obedece aos mais diversos fatores condicionantes.

¹⁸¹ Segundo Barroso (2009, p. 319), “é certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja ‘expressão da vontade geral institucionalizada’ e se reconhece que, frequentemente, estará a serviço de interesses, e não da razão”.

atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana ensejará o reconhecimento de um extenso catálogo de direitos, imprescritíveis e inalienáveis, ínsitos ao ser humano apenas pelo fato de ser “ser humano”, e as eventuais objeções levantadas como óbice à sua concretização e ou diminuição de seu alcance, notadamente na esfera social e, principalmente os relacionados à saúde – que acarreta como consequência lógica a negação da própria vida e, assim, da existência humana - deverão ser vistas com parcimônia pelo intérprete, porquanto o alcance hermenêutico dos direitos fundamentais, segundo a Constituição Federal de 1988, apresenta propensão extensiva, o que dá a entender que todo sistema deverá buscar a concretude necessária para abarcar os efeitos pretendidos pelo legislador constituinte.

3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO DIRETRIZ BÁSICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: CONTEÚDO E ALCANCE DA EXPRESSÃO

Uma determinada ordem jurídica é edificada representando a ideologia política preponderante quando da elaboração de suas normas. Por evidente que se apresenta, a Constituição Federal de 1988 não passou imune a tais efeitos, decorrendo, como consequência lógica, que os preceitos normativos reconhecidos pelo legislador constituinte abarcaram os valores tidos por essenciais ao seu tempo. O conteúdo axiológico ínsito ao catálogo dos direitos fundamentais institucionalizados, além de representar essa expressão ideológico-política, representa um compromisso social a ser concretizado mediante políticas públicas suficientemente aptas a acompanhar o desenvolvimento da sociedade.

Conforme observado por Barroso, as normas constitucionais contempladoras de direitos fundamentais inseridas na Constituição Federal de 1988 têm base filosófica na matriz jusnaturalista¹⁸², temperada pelos efeitos do pós-positivismo, porquanto as consequências decorrentes de seus preceitos enfatizam um conjunto de valores superiores à vontade do próprio legislador originário.

¹⁸² O jusnaturalismo tem origem associada à cultura grega, pois Platão já se referia a uma justiça nata, universal e necessária. Coube à Cícero sua divulgação em Roma, em passagem célebre de sua obra, “Da República” que teve forte influência no pensamento cristão e na doutrina medieval. Atualmente, embasa doutrinas de caráter humanista centradas numa dignidade ínsita ao ser humano. Foi a crença na existência de direitos naturais decorrente da doutrina jusnaturalista que influenciou mais tarde, o pensamento iluminista e as codificações do Direito no século XVIII, tendo por apogeu o Código Civil da França de 1804.

O termo “jusnaturalismo” identifica uma das principais correntes filosóficas que têm acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. (conforme o texto original)¹⁸³

Suplantada que foi a fase do jusnaturalismo puro e da vagueza dos termos filosóficos de sua matriz doutrinária e, em contrapartida à situação reinante, o Estado tomou “as rédeas” do poder e concentrou sob seu comando toda produção normativa que a sociedade precisava para reger suas relações sociais. Centrado na ideia de que todo direito emanava do Estado – fonte única e exclusiva de toda forma de normatização –, ao intérprete nada mais restava que a mecanicista tarefa de aplicar as normas jurídicas aos casos concretos, despidas de qualquer valor senão aqueles emanados do próprio Estado.¹⁸⁴

O Direito reduzia-se a um conjunto de normas em vigor, considerava-se em um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica.¹⁸⁵

Com o intuito de corrigir tais equívocos, surge a doutrina do pós-

¹⁸³ BARROSO, L.R. *op. cit.*, p. 320.

¹⁸⁴ Essa fase restou conhecida como “Positivismo Jurídico” e estava centrada na ideia de que o Estado era o único produtor do direito. Seu maior expoente certamente foi Hans Kelsen, conforme restou reconhecido em sua obra “*Teoria Pura do Direito*”. Os pontos principais de tal doutrina, conforme apontado por Luis Roberto Barroso (Interpretação e aplicação da Constituição, p. 325), eram: a) aproximação quase completa entre Direito e norma; b) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; c) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; d) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguindo para sua criação, independentemente do conteúdo.

¹⁸⁵ BARROSO, L.R. *op. cit.*, p. 326.

positivismo¹⁸⁶. Advoga tal corrente de pensamento a idéia de que o Direito não se limita ao conjunto normativo emanado do Estado, mas contempla em si o conjunto de valores decorrentes da vontade coletiva de uma determinada sociedade em uma determinada época, aliando valores éticos a valores jurídicos o que possibilita a inserção de uma carga valorativa de cunho principiológico às codificações modernas. “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se inclui a definição das relações entre valores, princípios e regras [...]”¹⁸⁷, que corroboram a visão de Alexy¹⁸⁸, para quem o conjunto normativo de uma dada ordem jurídica é composto de regras e de princípios, aquelas de caráter específico e estes gerais e abstratos, capazes de engendrar os valores necessários à unicidade do sistema.

Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo ideias de justiça e legitimidade.¹⁸⁹

Desta forma e calçado em tal matriz hermenêutica, ao se delinear o alcance das normas constitucionais, deve o intérprete ter sempre em mente que a Constituição tem uma finalidade e um conjunto de valores a serem respeitados, o que permite afirmar, alicerçado em BARROSO, que “as normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade.”¹⁹⁰

A interpretação das normas constitucionais, lastreada em seus fundamentos valorativos decorrentes da carga principiológica eleita pelo legislador constituinte, dá a entender que a Constituição não é mera representação da vontade do legislador, pois representa, sobretudo, um

¹⁸⁶ Corrente de pensamento que surgiu na Alemanha e ganhou força na Espanha e no Brasil. Advoga a tese de que o Direito depende da moral, tanto no momento de verificação de sua validade quanto no momento de sua aplicação. Nessa visão, os princípios constitucionais, tais como a dignidade humana, o bem-estar de todos e a igualdade, influenciariam na aplicação das leis e demais normas concretas. Seus maiores expoentes são Robert Alexy e Ronald Dworkin.

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 291.

¹⁸⁸ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 135 e ss.

¹⁸⁹ BARROSO, L.R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. p. 328.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 143.

compromisso da nação para com os direitos e o bem-estar de seu povo. Isso se observa nas lições de Barroso¹⁹¹ ao comentar o alcance do direito social à saúde na forma como inserido no art. 196 da Constituição Federal.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental. (conforme o texto original)

Assim, alguns princípios, pelo conteúdo valorativo de que são detentores enquanto normas de direito, enfeixam em si preponderância em relação a outros. Neste aspecto, o princípio da dignidade da pessoa humana teve especial acolhimento do legislador constituinte. Dele decorrem as diretrizes para aplicação dos preceitos normativos inseridos na própria Constituição – interpretação conforme – e nas demais normas regedoras das relações sociais.

Da lição de Bonavides¹⁹², extrai-se que “os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas” e que representam uma ordem objetiva de valores a serem concretizados, já que os princípios da ordem jurídica representam “o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema”.¹⁹³

Ocorre isto, em verdade – podemos asseverar – quando, no dizer de Gordillo Canãs, a Constituição incorpora uma “ordem objetiva de valores”, qual acontece, segundo ele, desde que a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade entram a figurar como esteios da “ordem política e da paz social”.¹⁹⁴

¹⁹¹ BARROSO, L.R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** p.111.

¹⁹² BONAVIDES, P. *op. cit.*, p. 290.

¹⁹³ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁴ Idem, *ibidem*.

É de se concluir que os princípios reconhecidos pela ordem constitucional são dotados de uma carga valorativa tal que se sobrepõem e orientam a interpretação de todos os demais preceitos, sejam os encartados na própria Constituição – enquanto regras constitucionais – sejam os advindos do legislador ordinário que assim age por autorização da própria Constituição. Frise-se, entretanto, que os valores encetados em princípios não representam algo estático, mas, sobretudo, moldáveis a cada momento e a cada época da evolução e transmutação das relações sociais. Justamente essa flexibilidade que é ínsita aos princípios – ao contrário das regras que se apresentam, de forma geral, estáticas – é que permite uma modulação mais adequada do Direito para converter-se naquilo que a sociedade precisa para reger as relações sociais; dever que o direito tem por objetivo reger.

Os valores são mutáveis, pois eles têm a necessidade de se acomodarem às novas realidades. São, em síntese, manifestações da vontade de todos os cidadãos (por isso estão acima da vontade do legislador que dita regras específicas), ou seja, aquelas metas que devem ser sempre alcançadas e preservadas por todo ordenamento jurídico: a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, etc..¹⁹⁵

Decorrencia disso é que os direitos fundamentais sociais que importem em uma atividade do Estado, enquanto obrigado a prover os efeitos que lhes são ínsitos, demanda interpretação extensiva, no sentido de que, mesmo havendo aparente antinomia entre regras específicas – podendo ser utilizado como exemplo o direito à integralidade da saúde *versus* o controle do orçamento público – o que deve prevalecer são aquelas que representam valores preponderantes, conforme diretrizes do próprio sistema jurídico enquanto um todo, num juízo de sopesamento e de equidade levando sempre em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim foi reconhecido pelo Ministro Celso de Mello, em julgamento paradigma do Supremo Tribunal Federal em questão versando a cumprimento de preceito fundamental por conta de o Poder Público negar-se a elaborar políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais de cunho social.

¹⁹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: 2002, p. 78.

[...] Não será lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.¹⁹⁶

Também, por oportuno e esclarecedor que se apresenta ao contexto citado, adequado se faz transcrever os ensinamentos de Bastos¹⁹⁷, para quem os princípios se apresentam em grau de superioridade em relação às regras, ainda que ambos de cunho constitucional.

Cumpra dizer que, um princípio não pode ter a sua magnitude de incidência relativizada por uma mera regra, ainda que constitucional. Esta norma deve estar em conformidade com os princípios e não o contrário. Quem tem a precedência na organização dos comandos da Constituição são os princípios e não as regras.

Por cristalino que se apresenta, as normas constitucionais não detêm o mesmo conteúdo valorativo. Enquanto as regras buscam atender situações de especificidade, que o legislador optou por adequado regramento, os princípios desempenham uma função mais ampla: justamente, o papel de diretriz para aplicação e alcance dessas regras. E toda vez que um aparente conflito venha a se instalar em relação a estas categorias, os princípios terão especial preponderância. Doutra banda, quando a aparente antinomia se apresentar em relação a dois ou mais princípios, a preponderância – pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, num juízo de sopesamento – deverá sempre recair naqueles que representam os valores fundamentais da Constituição, notadamente os relacionados à vida e bem-estar de toda população, encetados no princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF – Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Celso de Mello. RTJ. Vol. 200-01, p. 191, maio de 2004.

¹⁹⁷ BASTOS, C.R. *op. cit.*, p. 82.

3.2 A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO DAS NORMAS CONTEMPLADORAS DE DIREITOS SOCIAIS COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Devemos sempre lutar pela conquista de novos direitos, porquanto “[...] Os direitos não nascem do acaso ou da vontade do legislador são, sobretudo, fruto da luta pela dignidade.”¹⁹⁸

Herrera Flores¹⁹⁹ sintetizou tal assertiva, ao afirmar que:

Nunca devemos esquecer que o direito é um produto cultural que persegue determinados objetivos no marco dos processos “hegemônicos” [...], as normas jurídicas não existem por casualidade ou pela vontade abstrata de um “legislador”. As normas jurídicas estabelecem uma forma precisa a partir da qual se poderá satisfazer ou obstaculizar o acesso aos bens exigíveis para se lutar plural e diferenciadamente pela dignidade. [...] Isso nos permitirá deixar de lado a concepção dos direitos que defende que o que está reconhecido aqui e agora o está *ad aeternum*, impedindo, assim, a adaptação das normas novas às novas lutas sociais pela transformação dos sistemas econômico e político dominantes. (conforme o original).

Isso demonstra que os direitos institucionalizados não gozam de absoluta garantia, senão que estão dia-a-dia expostos aos mais aviltantes desígnios de forças que buscam usurpar-lhes o alcance necessário a cumprir a finalidade para a qual foram concebidos. Se a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 tivesse ficado somente no alcance dos enunciados de sua época, certamente boa parte do catálogo de direitos fundamentais que hoje a humanidade usufrui – incluindo as mais modernas sociedades em termos de respeito aos direitos humanos e fundamentais - não teriam sido implementados. A luta por direitos é uma constante que não deve ser descuidada porquanto “nada é mais universal que garantir a todos a possibilidade de lutar, plural e diferenciadamente, pela dignidade humana”²⁰⁰.

¹⁹⁸ HERERA FLORES, J. *op. cit.*, p. 64

¹⁹⁹ Idem, *ibidem*.

²⁰⁰ Idem, p. 119.

A maior ou menor concretização da dignidade humana está diretamente relacionada com a maior ou menor possibilidade de usufruto dos bens que decorrem das normas jurídicas e do próprio Direito. Disso decorre que “a melhor satisfação de uma necessidade terá como resultado a maior concretização dos direitos”,²⁰¹ o que se encontra intimamente ligado ao conjunto de bens jurídicos e materiais posto à disposição dos indivíduos por parte do Estado “[...] o que fará com que nos aproximemos de um ideal de dignidade estabelecido a partir de seus conceitos materiais”.²⁰²

A preponderância de tal preceito determina que a interpretação das normas constitucionais seja feita visando a maior amplitude dos direitos fundamentais relacionados à personalidade, buscando sempre alargar direitos em vez de restringi-los. Essa proibição de retrocesso²⁰³ é defendida pela doutrina pátria como forma de garantia dos direitos fundamentais eleitos pelo legislador constituinte. Nesta esteira de pensamento, tem-se a lição de Barroso²⁰⁴, ao asseverar que “as normas de direitos fundamentais se encontram blindadas ao retrocesso” no que denomina de “eficácia negativa”.²⁰⁵

²⁰¹ HERERA FLORES, J. *op. cit.*, p. 123.

²⁰² *Idem*, *ibidem*.

²⁰³ Sarlet assevera que a proibição de retrocesso decorre diretamente da própria noção de Estado de Direito, porquanto este é também um Estado de Segurança Jurídica. Assim, a proibição de retrocesso no que diz respeito aos direitos fundamentais de cunho social é reconhecida como decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, que consubstancia em si o respeito à segurança jurídica contra o esvaziamento do núcleo fundamental ou núcleo essencial dos direitos fundamentais.

²⁰⁴ BARROSO, L.R. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 380

²⁰⁵ Barroso, denominando de “eficácia negativa”, menciona que os direitos fundamentais não poderão sofrer restrição normativa pela revogação de norma que os instituiu sob pena de restar um vazio normativo apto a ensejar a intervenção do Poder Judiciário, visando a declarar a inconstitucionalidade da intervenção legislativa negativa. In BARROSO, L. R., 2009, p. 380-1. Também Sarlet assevera que a própria Constituição cuida de proteger os direitos sociais quanto ao retrocesso, ao reconhecer a cláusula geral do direito adquirido e da petreabilidade das normas que ensejam direitos fundamentais. “Da mesma forma a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos por insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte [...]”. In. SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 435.

Merece registro, ainda [...] uma idéia que começa a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira: a *vedação de retrocesso*. Por este princípio, que não é expresso, mas decorre 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 arbitrariamente suprimido.

Nessa ordem de idéias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. (conforme o text original).²⁰⁶

A proteção de um conteúdo mínimo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais não apresenta referência direta e exclusiva ao legislador enquanto regulamentador dos direitos elencados na Constituição Federal – se é que as normas constitucionais no que se referem aos direitos fundamentais necessitam de regulamentação –, mas, também, a todo intérprete e aplicador das normas jurídicas, já que o direito pode ter alcance diferenciado conforme aquele incumbido de dar-lhe efetividade. Sarlet, ao fazer referência à efetividade das normas contempladoras de direitos sociais – expressão concreta dos direitos fundamentais – enquanto decorrência prestacional a cargo do Estado, afirma a existência de dois momentos de proibição de retrocesso quanto ao conteúdo e alcance de seus comandos: num primeiro momento, proibindo o legislador regulamentador da Constituição de legislar no sentido de excluir os direitos decorrentes direta ou indiretamente das normas constitucionais, no que denomina de “eficácia protetiva dos direitos fundamentais contra a supressão ou erosão por parte do Poder Reformador”²⁰⁷; num segundo momento, da proibição de retrocesso dos direitos já conquistados por conta da inserção normativa decorrente das funções legislativas a cargo do legislador infraconstitucional, no que denomina de proibição de retrocesso.²⁰⁸

Essa também é a linha de pensamento de Dimoulis e Martins²⁰⁹

²⁰⁶ BARROSO, L.R. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** p. 159.

²⁰⁷ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** p. 405.

²⁰⁸ Idem, p.433.

²⁰⁹ DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *op. cit.*, p. 151.

ao afirmarem que a atividade legislativa regulamentadora está vinculada aos critérios fixados pela própria Constituição, pois:

Já se afirmou acima que a possibilidade de limitar um direito fundamental mediante intervenções em sua área de proteção não é ilimitada. Se fosse reservado ao legislador o poder de concretizar as reservas legais conforme seu entendimento e avaliação política, os direitos fundamentais abstratamente garantidos poderiam perder qualquer significado prático. A garantia constitucional restaria, em última instância, inócua, abandonando-se, na prática, o princípio da supremacia constitucional.

Observa-se, assim, que a fonte de proteção dos direitos fundamentais se encontra umbilicalmente ligada a mesma fonte que lhe dá suporte de validade: a Constituição.

3.2.1 Eficácia protetiva do conteúdo dos direitos fundamentais contra atos do legislador regulamentador

A regulamentação da Constituição visando emprestar-lhe maior eficácia e melhor adequação às situações advindas das relações sociais decorre de previsão, com força mandamental do próprio legislador constituinte e se encontra contemplada em diversas passagens de seu texto. Algumas normas da Constituição – nos moldes como frisado no item 1.3.1 –, para que possam surtir efeitos no mundo jurídico, necessitam da intervenção regulatória do legislador infraconstitucional, no que a doutrina denomina de normas de eficácia contida; outras, um pouco mais concretas, surtirão efeitos desde a vigência da Constituição, sujeitando-se, entretanto, à possibilidade de redução de seu texto ou do alcance de seus comandos por conta do poder regulamentador; outras, por fim, se apresentam com eficácia máxima em relação aos postulados de seus comandos e foram blindadas pelo legislador constituinte quanto à possibilidade de redução de seu conteúdo e da eficácia de seus comandos.

Na visão de Mello²¹⁰, as normas contempladoras de direitos sociais se enquadram como normas de eficácia plena e se apresentam

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF – Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Celso de Mello. RTJ. Vol. 200-01, p. 191, maio de 2004.

como “princípio-condição de justiça social” ao passo que a eficácia de seus comandos, embora negada por boa parte da doutrina e da jurisprudência, não poderão ter eficácia suprimida enquanto normas contempladoras de verdadeiros direitos. Assim, “A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.”²¹¹

Já Sarlet²¹², reconhecendo a eficácia plena e imediata das normas de direitos fundamentais de cunho prestacional, observa a petreabilidade de seus comandos ao afirmar que:

Em virtude tanto de sua especial posição na arquitetura constitucional, que, por sua vez, se manifesta mediante o que convençionamos considerar uma fundamentalidade formal e material, que outorga aos direitos fundamentais força jurídica reforçada relativamente às demais normas constitucionais, quando da vinculação de todos, poderes públicos e particulares, aos direitos fundamentais, impõe-se que estes sejam devidamente protegidos, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional. Aliás, consoante assinalado alhures, verificou-se que um dos elementos caracterizadores da fundamentalidade em sentido formal, ao menos em nossa Constituição, é justamente a circunstância de terem os direitos fundamentais sido erigidos à condição de “clausula pétrea”, integrando o rol do art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Carta Magna, constituindo, portanto, limite material à reforma da Constituição.

Não negando a possibilidade de que a evolução social influencie a criação normativa futura, até porque o “povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição”²¹³ e que uma “geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”²¹⁴, mas

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF – Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Celso de Mello. RTJ. Vol. 200-01, p. 191, maio de 2004.

²¹² SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p.405.

²¹³ RAMOS, E.S. *op. cit.*, p. 224.

²¹⁴ Idem, *ibidem*.

reconhecendo a vulnerabilidade de certos direitos é que o legislador constituinte impôs limites materiais ao legislador regulamentador. Assim, restou estabelecido pela própria Constituição que os direitos fundamentais restariam inacessíveis ao poder reformador do legislador ordinário. Tal preocupação do legislador constituinte talvez se explique pelo fato do temor que a atividade política futura, fadada não raras vezes a todas as vicissitudes da alternância do poder, pudesse corromper toda obra legislativa encartada na Norma Fundamental. Elegeu, então, um núcleo essencial aos direitos fundamentais e o blindou, mediante o superlativo de cláusulas pétreas, ao legislador infraconstitucional ou ao legislador reformador, núcleo este que “[...] objetiva assegurar a permanência de determinados conteúdos da Constituição tidos como essenciais”²¹⁵ pois representam a expressão de vontade dominante ao seu tempo, e visam contemplar as gerações futuras.

O fundamento, portanto, das cláusulas pétreas reside na necessidade de preservar os princípios e valores essenciais da Democracia, ainda que à custa da imposição de limites, intransponíveis, ao Poder Constituinte de revisão, legitimado por sólida maioria na base social, representada no órgão revisional.²¹⁶

Em razão do que foi até agora afirmado, qualquer tentativa de supressão de direitos fundamentais sociais importará em afronta à Constituição Federal e, mais que isso, aos próprios fundamentos da República.

Da mesma maneira é possível afirmar que a inércia do poder público em adotar políticas sociais adequadas visando ao usufruto dos direitos sociais implicará inconstitucionalidade. De outrora os Tribunais Pátrios vêm enfrentado a discussão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário determinar medidas – ainda que de cunho prático e de extensão limitada – que resultem no efetivo cumprimento dos deveres impostos relativamente aos direitos sociais, conforme segue:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante a inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um

²¹⁵ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 413.

²¹⁶ RAMOS, E.S. *op. cit.*, p. 224

comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. [...] Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. [...] A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.²¹⁷

Considerando que os direitos sociais se efetivam na prática cotidiana da população; que é nas vicissitudes do dia-a-dia de uma elevada gama de cidadãos excluídos dos direitos mais elementares do ser humano que estes se fazem ausentes; que é na periferia e nas classes sociais mais pobres do substrato social que as maiores dificuldades afloram e não nas pomposas discussões jurídicas ou políticas que se desencadeiam acerca da Constituição; e que, independentemente de esta abrigar em seu ventre a mais moderna gama de princípios sociais, é na prática que estes direitos se fazem visíveis, se dão por presentes ou ausentes. Ao doente necessitado pouco importa a origem do remédio que curá-lo; se as normas constitucionais são autoaplicáveis ou se a determinação da conduta do Poder Público decorreu de condenação judicial – aliás muitos sequer sabem que o “governo” é dividido em três poderes. Importa, e muito, é que ele não possui condições financeiras para arcar com os custos de sua sobrevivência e que a negativa de auxílio, por parte do Estado, representa ceifar-lhe a vida.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1442-DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Celso de Mello Diário de Justiça da União Vol. 02189-1, p. 113; RTJ Vol. 195-03, p. 752. Brasília-DF, abril de 2005.

3.2.2 A garantia do núcleo fundamental das normas contempladoras de direitos sociais frente à ação do legislador regulamentador

Por força dos comandos inseridos na Constituição Federal de 1988, o Legislador Constituinte buscou proteger os direitos fundamentais da possibilidade de supressão por ação do legislador reformador, subentendendo-se que qualquer modificação legislativa que venha a ser levada a efeito, quando da regulamentação das normas de direitos sociais, não poderá resultar em eliminação ou redução do núcleo fundamental de seus preceitos. E mais, qualquer tentativa de supressão de direitos fundamentais incidirá em inconstitucionalidade, porquanto sequer será objeto de discussão, proposta de emenda constitucional que objetive suprimir direitos fundamentais.

A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais dá a entender que as normas que os contemplem estejam protegidas de tal forma que sequer poderão ter redução de eficácia de seus comandos. Destarte, mesmo que o legislador infraconstitucional se aventure em reduzir a eficácia das normas contempladoras de direitos fundamentais – especificamente os de cunho social – tal redução não poderá atingir o conteúdo matriz desses direitos.

Conforme observa Sarlet²¹⁸, ao discorrer acerca do assunto:

Com efeito, a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A idéia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais [...] quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos.

O Poder Judiciário tem se mostrado igualmente sensível à ideia de que os direitos fundamentais de cunho social são portadores de um núcleo intangível e que a eventual supressão dos comandos neles inseridos importaria em esvaziamento do próprio direito, relegando-o à

²¹⁸ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 402.

ineficácia enquanto norma jurídica²¹⁹ o que restaria vedado pela impossibilidade de retrocesso das normas contempladoras de direitos fundamentais. O conteúdo imodificável, reconhecido como intangível, nas palavras de Sarlet²²⁰, “não se confunde com o maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana”, tampouco significa que os direitos sociais se restringem ao núcleo mínimo da essencialidade dos direitos fundamentais. Isso significa dizer, em outras palavras, que os direitos fundamentais não trazem em seu núcleo todo o conteúdo de dignidade ínsito ao ser humano, assim como os direitos fundamentais de cunho social não expressam a integralidade do mínimo existencial.

O conteúdo do núcleo essencial dos direitos fundamentais, na visão de Alexy²²¹, pode ser analisado sob dois prismas: um, decorrente de um conteúdo maximalista, que representa a “realização completa dos direitos fundamentais” e outro, decorrente de um conteúdo minimalista, que se apresenta com o “objetivo garantir ao ‘indivíduo o domínio de uma (sic) espaço vital e de um status social mínimos’, ou seja, aquilo que é chamado de ‘direitos mínimos’ e ‘pequenos direitos sociais’”²²².

A garantia decorrente da proibição de retrocesso dos direitos fundamentais, notadamente os de cunho prestacional, se encontra intimamente ligada à cláusula de segurança jurídica, eis que permite que cada indivíduo pautar sua conduta baseado no pressuposto de que o Estado arcará com determinadas políticas públicas aptas a garantir a vida com um conteúdo mínimo de dignidade. Essa ideia pressupõe, também, que a eventual inércia do Estado em cumprir seus deveres constitucionais possibilitará o acionamento do Poder Judiciário para amparo da situação concreta sem que, com isso, venha importar em invasão de competências, porquanto “quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos”²²³, outra alternativa não restará ao

²¹⁹ A matéria foi discutida, dentre outras ocasiões, na ADI 2014, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, restando reconhecido, na ocasião, que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial e que as normas editadas por conta de regulamentação das normas constitucionais deverão preservar sua essencialidade sob pena de incidir em inconstitucionalidade.

²²⁰ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 404.

²²¹ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 502.

²²² *Idem*, *ibidem*.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF – Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Celso de Mello. RTJ. Vol. 200-01, p. 191, maio de 2004.

cidadão, fazendo uso dos próprios permissivos constitucionais, senão bater às portas do Poder Judiciário para salvaguarda de seus direitos.

Essa previsibilidade de garantia dos direitos fundamentais vem a enfatizar que a pessoa humana estará segura quanto aos seus direitos e que a sua dignidade será respeitada; do contrário, quanto mais instáveis se apresentarem os direitos fundamentais, maiores serão as chances de os indivíduos terem violada sua dignidade, já que ao Estado restaria plena liberdade em invadir a esfera dos direitos fundamentais, suprimindo-os conforme seu livre arbítrio.

Em relação aos direitos de cunho prestacional, notadamente as prestações relacionadas à saúde, é que as preocupações se tornam mais palpáveis. O não-cumprimento do dever constitucional de levar a cabo adequadas políticas públicas visando atender eficientemente às necessidades da população, com fornecimento de rede hospitalar bastante, de medicamentos de espectro atualizado e em quantidade adequada, a supressão de verbas orçamentárias para fazer frente aos gastos com exames, equipes profissionais, rede hospitalar – própria ou mediante convênio –, importam em retrocesso social. Isso é facilmente visualizável na medida em que os direitos derivados da segunda geração importam em “valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos dever ser ‘criados’, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância”²²⁴ na concretização desses direitos, porquanto o não-atendimento desta regra importará em negação da própria vida: vida que cada cidadão, dentro de seu contexto individual, espera seja vivida com dignidade.

Ainda que se possa argumentar que a crescente demanda por prestações de cunho social a cargo do Estado tem dificultado o atendimento integral de toda a população, em relação à saúde, tal argumento é inaplicável. Não é incomum, no noticiário cotidiano, que as verbas para a saúde têm sido insuficientes²²⁵, que os recursos à disposição dos profissionais da área médica, assim como a quantidade destes, são inadequados, mas medidas concretas são ignoradas pelas autoridades públicas. Quiçá uma eleição de prioridades – mediante a aplicação de critérios razoáveis e proporcionais aos bens em liça – seja o caminho a ser galgado pelos administradores públicos ou até pela própria sociedade. Enquanto as políticas públicas priorizarem obras que

²²⁴ BONAVIDES, P. *op. cit.*, p. 567.

²²⁵ Segundo dados fornecidos pelo Tribunal de Contas da União, após fiscalização realizada nas contas públicas, o Governo Federal não cumpriu, na prática, entre os anos de 2000 a 2008, o gasto mínimo em ações e serviços públicos de saúde, definidos pela Emenda Constitucional 29, restando um déficit de 11,7 bilhões a serem aplicados.

deixem o nome na história aos governantes de plantão, que sirvam, em especial, para transmitir o legado político aos ocupantes de cargos eletivos, a saúde da população enfrentará com a própria sorte o algoz destino das patologias que batem, inesperadamente, à porta de cada ser humano e, silenciosamente, vão ceifando vidas e dignidade. Apesar disso, não poucas vezes, roucas de tanto lutar pela dignidade humana, teimam em levantar as bandeiras da inclusão social, na busca de uma sociedade melhor, que tenha na consciência coletiva uma de suas maiores virtudes.

Neste país, onde mais de um terço de toda riqueza produzida é convertida aos cofres públicos na forma de tributos²²⁶, onde os direitos sociais são negados sob os mais frágeis argumentos, onde as maiores injustiças sociais são perpetradas pelo próprio Estado – ainda que nele se depositem as maiores esperanças -, em evidente despeito aos mais comezinhos direitos da população, não há argumento apto a alentar aqueles que enfrentam a diária realidade da pobreza.

3.3 A PERSPECTIVA TRANSINDIVIDUAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DEVERES DE FRATERNIDADE

O princípio da dignidade da pessoa humana, nos moldes como está inserido na Constituição Federal de 1988, representando um valor supremo da República, não se encontrando vinculado em deveres apenas em relação ao poder público, mas, também, aos particulares. Representa a ideia de autonomia ética do ser humano, ao mesmo tempo em que veda ao próprio indivíduo a livre disposição de sua integridade moral e corporal como objeto. Enquanto princípio constitucional de maior envergadura, seu alcance perpassa o Estado e se irradia em toda sociedade, atribuindo uma espécie de dever coletivo quanto à sua observância²²⁷. Não se imagina um indivíduo digno desvinculado do seio da sociedade a que pertence e na qual vive, porquanto é nela, e por ela, que são reconhecidos seus valores. Consequência disso, é que todos

²²⁶ Informações fornecidas pelo Ministério da Fazenda e pela Receita Federal dão conta de que a arrecadação em impostos, contribuições federais e demais receitas da União foram: em 2008, 774 bilhões de reais; em 2009, 698 bilhões de reais; e, em 2010, 805 bilhões de reais. Já em relação ao ano de 2011, segundo estimativa da Receita Federal, a arrecadação deverá atingir a cifra de 934 bilhões de reais.

²²⁷ É necessário ter em mente que os deveres coletivos para com a dignidade representam a dupla face dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se permite exigi-los, impõe-se o dever de observá-los.

contraem um dever de se conduzir para que a dignidade se torne algo coletivo com o maior alcance no âmbito da comunidade, seja valorando a própria dignidade, seja respeitando a dignidade dos outros. Tal argumento se afirma no modesto exemplo de quando, na aferição dos índices de desenvolvimento humano Le-seva em conta o conjunto dos componentes sociais e não fatores isolados a certas parcelas da população²²⁸. Conclui-se, então, que não há como fugir de uma espécie de dever coletivo de todos para com todos.

3.3.1 Fraternidade: reflexos sociais da Tríade Francesa

Perpassados os acontecimentos históricos, que culminaram na Revolução Francesa de 1789, a tríade resultante dos ideários revolucionários deu aporte aos valores de liberdade, igualdade e fraternidade outorgando-lhes um novo impulso. Num primeiro momento, apenas os valores de igualdade e liberdade tiveram destaque, por conta das gritantes desigualdades sociais reinantes, porém, a fraternidade, até então afeta apenas aos valores cristãos, ganhou força e invadiu a esfera política, somando-se aos os dois primeiros conjuntos de valores, reforçou os valores da democracia.

Na visão de Baggio²²⁹, a fraternidade surge como ideário de interação e concretização dos valores democráticos, introduzindo um mundo novo “um novum que questiona inclusive o modo como o cristianismo entendera até então a fraternidade”.

O que é novo da trilogia de 1789 é a fraternidade adquirir uma dimensão política, pela sua aproximação e sua interação com os outros dois princípios que caracterizam as democracias atuais: a liberdade e a igualdade. [...] A trilogia revolucionária arranca a fraternidade do âmbito das interpretações – ainda que bem matizadas – da tradição e insere-a num contexto totalmente novo, ao lado da liberdade e da igualdade, compondo os

²²⁸ O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), de cada país é aferido por critérios que levam em conta: a educação, a longevidade e a renda. Em relação ao critério longevidade – expectativa de vida ao nascer –, é que os direitos sociais apresentam maior influência. O direito à saúde, e as políticas relacionadas ao setor, certamente contribuem para uma maior longevidade, influenciando, conseqüentemente, em um maior IDH.

²²⁹ BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido**. Tradução de Durval Cordas. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008. p. 8.

três princípios e ideais constitutivos de uma perspectiva política inédita.²³⁰

O termo fraternidade avança ao coletivo e insere-se como valor fundante de uma sociedade, com anseios que perpassam o individual, transformando os indivíduos em sujeitos cientes dos direitos decorrentes da democracia que não, simplesmente, os direitos ligados à igualdade e à liberdade, geralmente relacionados aos direitos de ir e vir e de livre escolha dos representantes no parlamento.

[...] antes que a liberdade e a igualdade se afirmassem como princípios, e dessem início a era dos direitos do cidadão, a fraternidade havia sido vivida *no lugar* da liberdade e da igualdade, que ainda não tinham ganhado espaço público.²³¹
(conforme o original)

A inserção da fraternidade na política, representa, sobretudo, a exigência da sociedade “ainda mais porque os valores relacionados à igualdade e à liberdade restaram incompletos ou mesmo fracassaram”,²³² evidenciando, que mesmo em países tidos por desenvolvidos, a sociedade é bipartida, contemplando gritantes diferenças sociais, econômicas e culturais.

[...] mesmo nas sociedades industrialmente mais desenvolvidas, capazes de absorver continuamente novos sujeitos dentro do mecanismo produtivo – continua a existir uma subclasse composta pela população marginalizada ou marginal, que o funcionamento fisiológico da economia de mercado não consegue recuperar, mas que, aliás, ela mesma produz.²³³

Observa-se, assim, que a fraternidade faz-se exigível nas diversas camadas sociais, sejam de nações desenvolvidas, sejam de nações que ainda não obtiveram o suficiente desenvolvimento econômico e social. Pensar uma fraternidade que perpassasse às artificiais linhas traçadas para dividir o espaço geográfico entre as nações; que seja uma fraternidade

²³⁰ BAGGIO, A.M.. *op. cit.*, p. 10.

²³¹ *Idem*, *ibidem*.

²³² *Idem*, p. 11.

²³³ *Idem*, p. 12.

do mundo; que mereça atenção dos governantes com influência sobre as decisões mundiais, é o caminho a ser traçado para a aproximação dos povos, pertençam eles a qualquer etnia; professem eles a religião que professarem - ainda que não seja a majoritária; comuniquem-se eles com linguagem comum, ou com a língua de seus antepassados; vivam eles a vida sob estilo próprio de viver. A fraternidade dá ênfase a inclusão social, no âmbito dos espaços públicos, permitindo, e, até incentivando, a tomada de consciência dos direitos e deveres humanos, enquanto componentes de uma raça única e planetária: a raça humana.

Em resumo, a dificuldade encontrada para se porem em prática os princípios leva à desconfiança e ao empobrecimento não só factual, como também definitivo, dos seus conteúdos, sem que se perceba estar-se, desse modo, conformando em perder, como democratas, o grande desafio que a democracia lançara ao nascer e que constituía o sentido de sua existência: de garantir a todos os cidadãos os direitos fundamentais, com base nos princípios universais e não no pertencimento a um grupo, a uma classe, a um lugar ou a uma raça.²³⁴

Atento aos ditames expressos nesse conjunto de valores, a fraternidade foi acolhida pelo Legislador Constituinte, e inserida na Constituição Federal de 1988, como objetivo da nação, sendo encartada no preâmbulo do Texto Maior, traçando diretrizes a todo ordenamento jurídico.

Neste aspecto, a fraternidade representa o dever correlato da solidariedade, encetando valores de toda a comunidade e, muito embora, devam ser promovidos pelo Estado, não se dissociam do dever coletivo a cargo de todos, ainda mais, pelo que se encontra expresso no Capítulo I, do Título II da Constituição Federal de 1988.²³⁵

3.3.2 Os reflexos coletivos dos comportamentos individuais em sede de dignidade da pessoa humana

No âmbito dos direitos fundamentais, a valoração individual de cada pessoa se traduz na luta por melhores condições de vida e maior

²³⁴ BAGGIO, A.M.. *op. cit.*, p. 15.

²³⁵ Capítulo I - Título II. "Dos direitos e deveres individuais e coletivos"

dignidade. O lutar coletivo pode traduzir com maior eficiência a conquista de direitos. “A melhor satisfação de uma necessidade terá como resultado a maior concretização dos direitos, que fará com que nos aproximemos de um ideal de dignidade humana”²³⁶ no sentido de que “tanto a dignidade humana como os direitos não são elementos isolados e, também, não são dados com antecedência”²³⁷, mas decorrem de um agir coletivo e são “construídos passo a passo pela própria comunidade ou grupo afetado, o que lhes outorga um caráter de direitos em movimento que se podem gerar e revisar”²³⁸ conforme as necessidades de cada época.

Essa expansão dos direitos fundamentais para além do individualismo é que permite ao indivíduo criar seus parâmetros de dignidade – embora sua dignidade seja influenciada e influente em relação à dignidade dos demais componentes da comunidade –, permitindo-lhe que “possa desenvolver livremente sua dignidade na comunidade social”²³⁹, buscando sempre agregar direitos que possam suprir suas necessidades o que implicará suprir as necessidades dos demais componentes da coletividade, permitindo afirmar, na esteira do pensamento de Herrera Flores²⁴⁰, que “O ‘cuidado de si’ conectado ao ‘cuidado dos outros’[...]” é que permite a criação de uma cultura de humanização do humano já que “[...] toda assunção de responsabilidade é sempre uma corresponsabilidade em relação à situação dos outros, já o máximo grau de compromisso com nós mesmos, com os outros [...]”²⁴¹ é que desencadeará uma nova visão de humanismo e de dignidade e despertará em todos “esforços por buscar o que faz com que a vida seja digna de ser vivida”²⁴².

Enquanto as normas jurídicas permitem aos indivíduos buscar no Estado a observância de suas esferas de individualidade e até exigir do Estado o cumprimento dos deveres decorrentes das normas contempladoras de direitos fundamentais, é na esfera da relação cidadão/cidadão que a problemática assume contornos diferenciados. Alexy²⁴³ concebe, sustentado pelo Tribunal Constitucional Alemão, o “‘efeito irradiador’ das normas de direitos fundamentais no sistema

²³⁶ HERERA FLORES, J. *op. cit.*, p. 123.

²³⁷ *Idem*, *ibidem*.

²³⁸ *Idem*, *ibidem*.

²³⁹ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 506.

²⁴⁰ HERRERA FLORES, J. *op. cit.*, p. 214.

²⁴¹ *Idem*, *ibidem*.

²⁴² *Idem*, p. 193-4.

²⁴³ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 526.

jurídico, com o auxílio do conceito de ordem objetiva de valores”, o que pressupõe que a decisão tomada pelos tribunais em sede de direitos fundamentais tem o escopo de influenciar todos os ramos do direito e, mais que isso, todas as relações entre os indivíduos, já que representam um “fortalecimento básico da força de validade dos direitos fundamentais” e com o fato de que, a partir dela, ele fundamenta direitos individuais”²⁴⁴.

Traçados estes breves contornos ao instituto da horizontalidade dos efeitos dos direitos fundamentais²⁴⁵, e deslocando este eixo de pensamento e as argumentações levadas a efeito aos direitos fundamentais de cunho prestacional relacionadas à saúde, é fácil identificar que os direitos se coletivizam. Porém, os deveres seguem a mesma linha de argumentação, ou se restringem a esfera de obrigações do Estado?

3.3.3 As obrigações decorrentes dos deveres individuais em prol da dignidade da pessoa humana enquanto deveres de cooperação

É bastante comum no Brasil, especialmente nas comunidades de colonização originária europeia, o especial apego aos bens materiais, situação levada especialmente a sério quando se trata da necessidade de tratamento para curar doença de membro da família que não dispõe de ingerência sobre o patrimônio da entidade familiar. A ideia de que o desfazimento de um bem material para salvaguardar uma vida possa fazer falta no futuro, impele os indivíduos a conflitos familiares de toda ordem. Os não-doentes muitas vezes se posicionam contrários a que o coletivo arque com os custos de cura da patologia individual de um dos membros da família, porquanto a aquisição patrimonial decorreu do esforço coletivo e do auxílio de todos os demais. Essa visão individualista tem levado muitas pessoas a buscar no Estado o fornecimento de tratamento para doenças que algumas vezes sequer demandam valores expressivos para cura, atribuindo aos entes públicos um dever ilimitado com a saúde. Não raras vezes, por aguardar do Estado o tratamento necessário, tem-se o agravamento da patologia, senão com consequências mais graves ou até fatais.

²⁴⁴ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 525.

²⁴⁵ O termo efeitos horizontais é utilizado por Robert Alexy no sentido de que a relação entre Estado/cidadão é uma relação entre um titular de um direito (cidadão) e um não-titular (o Estado), já a relação cidadão/cidadão é uma relação entre dois titulares de direitos fundamentais.

O Judiciário tem se mostrado sensível a tal questão e enfatiza que “o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida [...]”²⁴⁶, porém não significa que tal direito possa ser exercido sem os mínimos critérios já que o direito à saúde “[...] representa, na concreção de seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem [...]”²⁴⁷ afirmando que a regra inscrita nos arts. 5º e 196 da Constituição Federal diz respeito a obrigações impostas a todos os entes da federação, mas limitada à necessidade material de seus beneficiários. A constatação das possibilidades patrimoniais em nada subtrai o direito à saúde, limita, quando muito, a extensão de seu alcance. Baseado no pressuposto de que os deveres de fraternidade decorrem de um maior apreço dos indivíduos para com os da sua espécie é de pressupor que entre os membros da entidade familiar – por uma questão de sangue e de laços fraternais e afetivos mais fortes – tal fato se torne mais evidente. Nada mais correto, até por uma questão distributiva de deveres e direitos de todos, para com todos, que a família venha a coadjuvar o Estado no atendimento à saúde de seus membros, porquanto “[...] a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa [...]”²⁴⁸, significando dizer que aqueles portadores de condições financeiras para arcar com os custos do próprio tratamento ou do tratamento dos componentes de sua família devam fazê-lo por conta própria²⁴⁹, seja utilizando em parte a rede pública de saúde – consultas, exames, internações –, seja utilizando a rede privada – remédios, exames mais detalhados. Assim, é correto afirmar, na esteira de

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário 534.908-0 Pernambuco. Rel. Min. Cezar Peluso. Recurso Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo Regimental improvido. DJE nº 31. p. 1408, fevereiro de 2008.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário 534.908-0 Pernambuco. Rel. Min. Cezar Peluso. Recurso Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo Regimental improvido. DJE nº 31. p. 1408, fevereiro de 2008.

²⁴⁸ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 43.

²⁴⁹ Em caráter ilustrativo, refere-se que a legislação do Estado do Rio Grande do Sul já prevê a necessidade de prévia comprovação de carência de recursos econômicos por parte do cidadão-requerente como pressuposto para a concessão de prestações relacionadas a medicamentos excepcionais, conforme ditames da Lei nº 9.908, de 16.6.1993.

Sarlet²⁵⁰, que “[...] a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ótimos”.

Por conta da chamada “judicialização da saúde”²⁵¹, o Estado de Santa Catarina, no ano de 2010, gastou cerca de 93 milhões de reais somente com o cumprimento de decisões judiciais que reconheceram o direito ao tratamento das mais variadas patologias àqueles que precisarem buscar no Poder Judiciário o cumprimento do dever de prestações relacionadas à saúde.²⁵²

Digna de nota, também, é a observação de Sarlet²⁵³, ao reconhecer a existência de um dever coletivo de todos com todos, no sentido de que a isonomia pressupõe tantos os direitos, quanto os deveres.

Foi o reconhecimento dos direitos sociais e ecológicos que, já no âmbito do Estado Social, acabou levando a um fortalecimento da noção de deveres fundamentais, além de caracterizar o direito à igual repartição dos encargos comunitários demandados pela existência e pelo funcionamento da comunidade estatal. [...] Basta lembrar, neste sentido e a título de mera ilustração, que tanto o Estado, quanto os particulares podem estar vinculados por deveres de proteção, embora, a depender da natureza do destinatário do dever e das peculiaridades do objeto, existam aspectos distintivos a serem observados.

Evidencia-se pois, a existência de um dever de cooperação dos particulares com os entes públicos no sentido de cada um tomar os devidos cuidados para sua saúde, atitude que demanda a “participação da comunidade – o que é essencial para que se entenda o direito à saúde

²⁵⁰ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 43.

²⁵¹ Por conta da recorrente negação por parte do Estado quanto às prestações relacionadas à saúde, têm os jurisdicionados, em ações autônomas ou até o Ministério Público, em ações coletivas, ingressado com uma elevada gama de medidas judiciais, buscando impelir o poder público a cumprir o dever constitucional relacionado ao direito fundamental de cunho prestacional, no que se tem denominado “judicialização da saúde”.

²⁵² KLEY, Edinara. **Medicamentos gratuitos que custam milhões**. Florianópolis: Diário Catarinense de 19 de julho de 2011, p. 32-3.

²⁵³ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 227.

como relação, e não como poder individual”²⁵⁴. Não os cuidados cotidianos relacionados a quem se encontra acometido de alguma patologia, mas os cuidados preventivos relacionados a patologias que possam vir a se manifestar. É de domínio público – fazendo, inclusive, parte de diversas campanhas publicitárias e educativas levadas a efeito por entidades públicas e particulares - que hábitos alimentares saudáveis, a prática de exercícios físicos regulares, a submissão a exames periódicos, dentre outras providências, laboram em favor de uma vida mais saudável. Os benefícios coletivos que tais medidas desencadeiam podem ser evidenciados a partir do momento que as pessoas utilizarem menos os serviços de saúde curativa – até porque o custo da medicina curativa envolve gastos bem mais elevados que a medicina preventiva – e mais os da medicina preventiva; possivelmente, elas viverão mais e melhor. Cumprir tais obrigações, com a participação de todos, significa distribuir de forma igualitária os recursos destinados à saúde. Do contrário, se apenas uma parcela da população labora em cuidados com a proteção da saúde, os demais estariam, ainda que de forma indireta, acessando um maior número de recursos em detrimento do coletivo.

3.4 UMA RELEITURA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Uma das mais importantes ferramentas de interpretação do sistema jurídico constitucional é a que resta vinculada ao valor atribuído, pela Constituição, à dignidade da pessoa humana. Enquanto conjunto de valores informativos de toda ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana é elemento que expressa soma de conquistas. Agregador de toda ordem de direitos relacionados à pessoa humana e que perpassam, não raras vezes, a própria normatização instituída pelo Estado para se afirmar como valores ínsitos ao ser humano – ainda que não reconhecidos e positivados na ordem jurídica –, a dignidade da pessoa humana representa o fim a ser perseguido pelo Estado para concretização do bem comum. Assim, a maior ou menor efetividade e alcance que se empreste às normas jurídicas, no que concernem aos direitos fundamentais, representam a maior ou menor concretização da dignidade da pessoa humana. Esse valor fundante do Estado Brasileiro,

²⁵⁴ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, I.W.; TIMM, L.B. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. p. 237.

ou norma de sobreprincípio²⁵⁵, conforme elencado pelo legislador constituinte de 1988, expressa o compromisso da República com toda a população, compromisso este que deverá ser observado por todos – poder público e particulares – na concretização de seus valores.

Atento aos valores eleitos pelo legislador constituinte, Bonavides²⁵⁶ acrescenta que “as leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental [...]” porquanto a norma matriz representa o conjunto dos valores que “[...] hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos na lei maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, nomeadamente as que entendem com o axioma da estatalidade jurídica e o princípio do Estado Social”²⁵⁷.

Certamente um dos valores a ser perseguido pelo Estado – e, por todos, indistintamente - é o que diz respeito à dignidade da pessoa humana. E mais certo ainda que isso, é que a dignidade da pessoa humana se concretiza por ações levadas a efeito em respeito aos direitos sociais. E dentre a elevada gama de direitos sociais, o direito à saúde goza de especial destaque, assim reconhecido porque representa o direito à vida, uma das mais caras conquistas da humanidade e que a cada dia é posta a teste sob as mais diversas formas de agressão. Disso decorre que a concretização do direito à saúde e a efetividade dos comandos normativos que lhe dão suporte jurídico representam, apenas, o reconhecimento do maior alcance possível às normas asseguradoras de direitos fundamentais, conforme a propensão reconhecida pelo próprio legislador constituinte, ao afirmar que as normas garantidoras de direitos fundamentais “têm aplicabilidade imediata”²⁵⁸, ainda que muitas vezes sejam negadas por conta de alegação meramente de caráter secundário, como as relacionadas ao orçamento público.

É de se destacar que os que defendem que o direito à saúde se encontra vinculado diretamente à existência de recursos financeiros suficientes para sua implementação negam a existência de dignidade à

²⁵⁵ Silva (2000, p. 100). conceitua os princípios no ordenamento constitucional como “normas-síntese ou normas-matriz, cuja relevância consiste essencialmente na integração das normas de que são súmulas, ou que as desenvolvem, mas que têm eficácia plena e aplicabilidade imediata”.

²⁵⁶ BONAVIDES, P. *op. cit.*, p. 422.

²⁵⁷ Idem, *ibidem*.

²⁵⁸ Consoante, depreende-se do § 1º do artigo art. 5º da Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

pessoa humana ou a ela atribuem valor monetário. Dignidade não se compra com recursos financeiros, adquire-se pela simples evolução da raça humana. É ínsita à espécie. Capitaliza-se com a descoberta de novas formas de viver, de pensar e de expressar o pensamento, como decorrência da liberdade, de poder usufruir das facilidades que a tecnologia proporciona enquanto produto da criação humana, de defender a vida com todos os mecanismos disponíveis e até de ousar novas formas de defesa quando as atuais forem tidas por insuficientes. Dignidade reflete igualdade de direitos como qualidade humana independentemente do local de nascimento, das posses materiais, da cor da pele ou do porte físico.

Negar efetivação à integralidade da saúde como direito restringível por conta de obstáculos financeiros é negar o direito à vida, principalmente para àqueles a quem as vicissitudes da caminhada tenham se feito ausentes, tornando o desamparado caminhante um órfão. Não se pode colocar no mesmo patamar valorativo as finanças públicas e a saúde da população: a primeira é norma de controle contábil a cargo do administrador público; a segunda é norma de direito fundamental, ínsita à qualidade humana e sua supressão ou restrição importará na aplicação indireta - muitas vezes levada a efeito - da pena de morte a quem necessite de amparo do poder público para curar suas enfermidades.

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior àquele atribuído ao princípio fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.²⁵⁹

Lastreado nos valores eleitos pelo legislador constituinte e tendo-os por suficientemente aptos a dar solução às aparentes antinomias das normas constitucionais, no que dizem respeito ao aparente conflito entre normas de direito orçamentário e normas que alberguem o direito social de cunho prestacional relacionado à integralidade da saúde - dotado este de propensão ampliativa/extensiva por se tratar de direito fundamental - reforçado pelo princípio matriz encetado na dignidade da pessoa humana, é plausível afirmar, a despeito de qualquer alegação, a existência de um compromisso sério como dever inerente ao Poder

²⁵⁹ ALEXY, R. *op. cit.*, p. 296.

Público em prol da saúde de toda população. Eventual negação desse direito somente será possível – e, ainda de forma limitada, por conta dos valores envolvidos –, quando cabalmente demonstrada a possibilidade de os beneficiários serem detentores de recursos suficientes para arcar com os custos de seus tratamentos.

As imposições emanadas do Poder Judiciário em desfavor do Estado determinando-o a arcar com os custos dos tratamentos de saúde não implicam substituição ao Poder Executivo, senão o cumprimento de seu papel de guardião das normas jurídicas e de trincheira invulnerável dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, pois já alertava o Ministro Celso de Mello, quando do enfrentamento da matéria em sede de recurso de competência do Supremo Tribunal Federal: “quem salva uma vida, salva a humanidade”.²⁶⁰

²⁶⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Suspensão de Tutela Antecipada – AgR na STA 223-PE. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em abril de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo502.htm>>. Consulta em 08 de junho de 2011.

4 CONCLUSÃO

Ao longo de toda a história da humanidade os direitos fundamentais do ser humano foram objeto de negação por aqueles que, em nome do Estado, exerceram o poder. Porém, não foram poucos os que lutaram – e conseguiram – institucionalizá-los nos mais variados ordenamentos jurídicos como uma das maiores conquistas da humanidade. Não obstante isso, a demanda por novas formas de regramento das relações sociais tem levado o ser humano a lutar por direitos até então reservados apenas a uma pequena parcela da população. Neste aspecto, os direitos sociais têm merecido a mais ampla atenção por parte de todos os governos e experimentado, notadamente no último século, uma extensão quase linear em alguns ordenamentos. Alinhado com isso, o legislador brasileiro, sensível à alteração do regime de governo levado a cabo na década de 1980, e aproveitando a oportunidade histórica que se apresentava, inseriu na Constituição Federal de 1988 um extenso catálogo de direitos sociais, dando guarida, em especial, aos de cunho prestacional.

O período subsequente à nova ordem jurídica e, em atenção aos princípios encetados na “Constituição Cidadã”, tem desafiado os intérpretes do direito a reconhecer o mais amplo efeito normativo às normas contempladoras de direitos prestacionais e, neste aspecto, o direito à saúde obteve especial destaque, ensejando seu reconhecimento como norma de aplicabilidade imediata e propensão extensiva.

Entretanto, a despeito de todo esforço levado a efeito para garantir o mais amplo atendimento às demandas de saúde da população, o que se tem observado na prática, dentre outros problemas, são hospitais sem leitos suficientes para abrigar todos os doentes que necessitam de internação para tratamento, equipamentos sem atualização tecnológica, corpo clínico deficitário, seja em especializações, seja em quantidade. Atento a estas circunstâncias e provocado a manifestar-se por conta do exercício do direito de ação, o Poder Judiciário tem afirmado a obrigação do Estado em arcar com os custos das demandas da saúde, como decorrência do dever constitucional e da mais ampla guarida ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, as objeções levantadas pelo poder público no intuito de imiscuir-se do *munus* constitucional têm sido reiteradamente refutadas pelo Poder Judiciário, em especial nos casos que alcançaram a manifestação da mais alta Corte Judiciária Brasileira: o Supremo Tribunal Federal, fiel aos princípios albergados na Constituição Federal de 1988, notadamente ao da dignidade da pessoa humana - enquanto

diretriz básica e fundamento da República – tem afirmado que é dever do Estado o atendimento integral das demandas da saúde.

Paralelamente a isso e em colaboração ao Estado, é de se reconhecer a existência de um dever coletivo com a saúde - e de cada um com sua própria saúde - em regime de corresponsabilidade com o poder público. A tomada de consciência da falibilidade da raça humana, com a prevenção de doenças, é dever de todos por conta do caráter transindividual do direito à saúde.

Primar pelas questões relacionadas à faceta preventiva da saúde é exigência salutar em um país onde a maior parte dos recursos públicos é direcionada a atender demandas político-partidárias ou obras que vinculem o nome do governante de plantão ensejando-lhe herança política e lembranças históricas. O social, relegado ao plano de prioridade secundária, sempre necessitará da voz ativa dos que lutam por melhores condições de vida e por mais dignidade.

As normas inseridas na Constituição Federal de 1988 são suficientemente aptas a propiciar o mais amplo alcance eficaz aos direitos sociais, demandem eles ou não a necessidade de dispensação de recursos financeiros, como é o caso dos direitos de cunho prestacional; e qualquer objeção levada a efeito para sonegar este salutar direito vai de encontro aos princípios eleitos pelo legislador constituinte, em especial a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: o princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio este que representa um novo paradigma de valores, fulcrado na valoração da pessoa humana e dos interesses coletivos de toda a população, permitindo afirmar, como consequência, que os direitos fundamentais, enquanto resultado institucionalizado de lutas históricas, nascem, crescem, se reproduzem e tendem a permanecer.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Deyse Coelho de. **A fundamentalidade dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos911/a-fundamentalidade-direitos/a-fundamentalidade-direitos2.shtml>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

ALMEIDA JR., Elmo José Duarte de. Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1522, 1 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com/doutrina/texto.asp?id=10357>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79-100.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido**. Tradução de Durval Cordas. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7.ed. atual. São Paulo: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal 1988.

_____. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em: 29 ago. 2010.

_____. **Lei n. 8.242, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em: 29 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45MC/DF. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Rel. Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça da União, maio de 2004, p. 12, RTJ v. 200, p 191, 2004.

_____. _____. ADC 1442-DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União v. 02189-1, p. 113; RTJ v. 195-03, p. 752. Brasília-DF, abril 2005.

_____. _____. Agravo no Recurso Extraordinário 534.908-0 Pernambuco. Rel. Min. Cezar Peluso. DJE nº 31. p. 1408, fevereiro 2008.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: história geral do direito processual civil. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 175-86.

CAMPOS, Oswaldo. O Papel da faculdade de saúde pública na formação de recursos humanas para a saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo: 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. 8. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010.

CARBONARI, Paulo César. **Direitos humanos**: sugestões pedagógicas. Passo Fundo: IFIBE, 2008.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo código civil e a interpretação conforme a constituição. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo código civil**: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Normas constitucionais e seus efeitos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo código civil**: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

GARCIA, Thais; ALVES, Maria Bernardete Martins; BEM, Roberta Moraes de. **Mini curso normalização**. Florianópolis, 2010. 110 slides, color. Acompanha texto.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Garcia; Antônio Henrique Graciano Sauxberger; Jeferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 227, fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

JÚNIOR, Ari Timóteo Reis. A teoria da reserva do possível e o reconhecimento pelo estado de prestações positivas. **Revista de Direito Tributário e de Finanças Públicas**, a. 17, n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KLEY, Edinara. **Medicamentos gratuitos que custam milhões**. Florianópolis: Diário Catarinense de 19 de julho de 2011, p. 32-3.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 237-54.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 155-74.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, a. 5, n. 18, jul./set. 2007.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa em direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NEME, Eliana Franco (Coord.). **Ações afirmativas e inclusão social**. São Paulo: EDITE, 2005.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Flávio Luis de (Coord.). **Perfis da tutela constitucional dos direitos fundamentais**. Bauru: EDITE, 2005.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. O desafio dos novos direitos para a ciência jurídica. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de; MORATO LEITE, José Rubens. (Org.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de; MORATO LEITE, José Rubens. (Org.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

OLIVEIRA NETO, Sérgio de. **O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais**. Disponível em <<http://mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso**. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito - Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná - Curitiba, 2009.

PALU, Luiz Olwaldo. **Controle de constitucionalidade:** conceitos sistemas e efeitos. 2.ed. rev. ampl. e atualizada de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Considerações sobre o desafio da Magistratura contemporânea na implementação dos direitos humanos fundamentais. **Revista do CEJ**, a. XIII, n. 45. Brasília: 2009.

PISCICELLI, Rui Magalhães. **A dignidade da pessoa humana e os limites a ela impostos pela reserva do possível.** Disponível em: <ww1.tjrs.jus.br/export/poder.../tribunal.../Dignidade_da_pessoa.doc>. Acesso em: 23 ago. 2010.

RAMOS, Eival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003.

REIS, José Wanderlei dos. **Omissão atenta contra garantia constitucional.** Disponível em: <<http://www.direitolegal.org/tribunais-estaduais/omissao-atenta-contragarantia-constitucional/>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

RENON, Maria Cristina. **O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-graduação em Direito - Programa de Mestrado da UFSC - Florianópolis - 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 9.908, de 16 de junho de 1993. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências. Disponível em: <www.mail-arquive.com/...com.br/msg00638.html>. Acesso em: 11 mar. 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça.** v. 134, São Paulo: Cortez, 2007. (Coleção Questões de Nossa Época).

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: processo de conhecimento. v. 1, 25.ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado**, n. 15. Salvador, 2008.

_____. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. Salvador: **Revista Diálogo Jurídico**, a. 1, v. 1, n. 1. 2001.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Salvador: **Revista Diálogo Jurídico**, n. 10, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchhtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 289.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7.ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 17.ed. rev. e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 24 de 9.12.199). São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, André Barbieri. **Direitos fundamentais**: entre as restrições e o núcleo essencial (considerações sobre o julgamento do caso Ellwanger). Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação - Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil - Curitiba, 2009.

SOUZA, Andréa Lyrio Ribeiro de. Rumo ao direito constitucional supranacional: princípio *jus cogens* do direito internacional como pragmática comum da humanidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, São Paulo, 2009.

TAVARES, Paulo César Vieira. **A Saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo Estado contra sua plena efetividade na área dos medicamentos excepcionais**. [S.l.: s.n.], 2010.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e de economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51-62.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-78.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Biblioteca Universitária. Serviço de Referência. **Normalização de trabalhos**. Florianópolis, 2010. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/modules/conteudo/index.php?id=14>>. Acesso em: 02 jun. 2011.

VON MUHLEN, Carlos Alberto. Teoria e prática da saúde. **Zero Hora**, Porto Alegre, p. 19, 04 maio 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução do pensamento jurídico crítico**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil, natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_de_bem-estar_social>. Acesso em: 12 mar. 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

YUNES, João; CAMPOS, Oswaldo. O papel da faculdade de saúde pública na formação de recursos humanos para a saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, 1984, p. 64.