

O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E SUA CONCRETIZAÇÃO ¹

Valdir dos Santos Pio

va.pio@uol.com.br

Mestrando em Direitos Fundamentais
do PPGD do UNIFIEO, Especialista
em Direito Processual Civil pela PUCSP,
advogado

Anna Candida da Cunha Ferraz

acandida@unifieo.br

Professora e Coordenadora do Mestrado
em Direito do UNIFIEO
Mestre, Doutora e Livre-Docente pela
FADUSP, Professora Associada da
mesma Instituição (aposentada)

*Recebido em 14/11/2011
Aprovado em 15/10/2012*

RESUMO

O presente estudo visa analisar o direito à saúde enquanto direito social fundamental, no plano normativo, considerando a evolução histórica de sua positivação nos textos constitucionais e alguns problemas no que concerne à sua realização no âmbito da jurisdição constitucional.

PALAVRAS CHAVES

Direitos, fundamentais, direito à saúde, direitos sociais, concretização, mínimo existencial, reserva do possível.

¹ Trabalho resultante de pesquisa realizada no Projeto Colisão e Concretização dos Direitos Humanos Fundamentais, Linha de Pesquisa II, do Mestrado do UNIFIEO, sob a coordenação e colaboração da líder do Projeto.

The right to health as a social fundamental right and its effectiveness by justice

Valdir dos Santos Pio
Anna Candida da Cunha Ferraz

ABSTRACT

The present study aims to analyze the right to health as a fundamental social right, in legislative terms, considering the historical evolution of its normalization in constitutional texts and some problems with regard to its jurisdiction effectiveness.

KEYWORDS

Rights, fundamental right to health, social rights, jurisdiction effectiveness, existential minimum, reserves as possible.

Sumário:

Introdução.

1. Aspectos históricos e atuais sobre a positivação dos direitos fundamentais.
2. Os direitos sociais como direitos fundamentais.
3. O direito à saúde como direitos fundamentais e sua concretização.

Conclusões.

Bibliografia.

Introdução

A concretização dos direitos fundamentais é tema atualíssimo e que envolve questões extremamente complexas, especialmente porque esses direitos estão contemplados em um catálogo contido na Constituição Federal de 1988 e sua efetividade, que se dá muitas vezes por meio da implementação de políticas públicas, as quais, como é de conhecimento geral, depende de recursos financeiros que por sua escassez vai exigir decisão política quanto à opção de sua distribuição adequada.

A análise dos fatores econômicos com vista à uma tomada de decisão no que se refere às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, precipuamente, quanto aos juízos discricionários, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

Em princípio, ao Poder Judiciário é vedada a intervenção na esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade. Não poderia o Poder Judiciário controlar as opções legislativas de organização e procedimento tendentes à concretização da prestação na seara dos direitos sociais, a não ser, excepcionalmente, diante de manifesta violação evidente e arbitrária, do legislador ou do executivo, a deveres constitucionalmente estabelecidos.

No entanto, é preciso uma revisão do dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, na medida em que os Poderes Legislativo e Executivo, no âmbito destas atribuições, vêm mostrando-se incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A concretização dos Direitos Fundamentais Sociais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis e não raro a opção política de distribuição alocativa destes recursos não permite a concretização do núcleo intangível e essencial dos direitos fundamentais sociais consubstanciados no mínimo existencial.

Desta forma, o presente trabalho pretende abordar algumas questões envolvendo a referida problemática em relação ao direito social à saúde.

1. Aspectos históricos e atuais sobre a positivação dos direitos fundamentais

No século XVIII eclodiu um movimento cuja ideia central era impor limites ao poder do Estado a fim de assegurar os direitos do homem. Esse movimento foi denominado de constitucionalismo e para alcançar seu objetivo valeu-se de instrumentos como a Constituição escrita, a separação de poderes e as declarações de direitos como forma de concretização desse ideal. Dessa forma, depois de mais de um milênio de disputas nos campos do conhecimento no âmbito do pensamento político, filosófico e religioso, os direitos da pessoa humana, finalmente, ganharam relevo em normas que alcançaram o topo da pirâmide jurídica dos Estados, cujas constituições escritas revelaram-se como documentos básicos dos direitos fundamentais².

Essa forma de positivação³ dos direitos fundamentais, ocupando lugar central nas constituições, corresponde à primeira forma de defesa dos direitos de fundamental importância, sobretudo porque representou o passo inicial mais relevante para assegurar o reconhecimento jurídico destes direitos a permitir, a partir deste divisor de águas, a possibilidade de concretização ou de instrumentalização do exercício dos direitos fundamentais. A proteção destes direitos representa o grande problema da modernidade.

Cabe mencionar que o constitucionalismo pode ser identificado em quatro modelos⁴, em que o primeiro corresponde às declarações de direitos que antecederam às próprias constituições dos Estados, citando como exemplo o caso da França, cuja Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, precede a constituição de 1791. O segundo modelo é caracterizado pela sucessão das declarações às constituições dos Estados, citando como exemplo o que ocorreu nos Estados Unidos da América, ocasião de sua fundação, em que a Constituição é de 1787, a qual não afirmou, inicialmente, no seu texto constitucional a declaração de direitos, mas esta veio a ser feita posteriormente, em 1791, com a aprovação das dez primeiras emendas à Constituição. O terceiro modelo, já no século XIX, é caracterizado em razão da declaração, a proclamação ou a positivação dos direitos passar a integrar os textos constitucionais em forma de tópicos, ainda sob a ótica do Iluminismo do século XVIII, voltados aos direitos individuais, a exemplo das Constituições do Uruguai de 1830, Argentina de 1853. No quarto modelo, que

² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In BITTAR, Eduardo C. B. Bittar e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**, Osasco: EDIFIEO, 2006, p. 115.

³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In BITTAR, Eduardo C. B. Bittar e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**, Osasco: EDIFIEO, 2006 p. 116-119.

⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In BITTAR, Eduardo C. B. Bittar e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**, Osasco: EDIFIEO, 2006 p. 116-119.

representa um desdobramento do anterior, verificado a partir de meados do século XX, a característica está no fato de que as declarações de direitos vão se constituir como títulos ou capítulos iniciais ou mesmo preambulares das constituições a nortear a atuação e organização dos Poderes do Estado, com vista à consagração dos direitos, liberdades e garantias da pessoa humana positivados na carta política.

Os denominados Direitos Sociais somente foram abrigados nos textos constitucionais após as grandes guerras mundiais, bem como somente ao final do século XX a denominação sob o rótulo de “direitos individuais” ou “liberdades públicas” vai dar lugar à denominação “direitos fundamentais”⁵

No Brasil, a primeira constituição foi a Imperial de 1824, a qual dispunha de um catálogo extenso de direitos fundamentais⁶ em seu bojo, reconhecida como uma das mais avançadas declarações de direitos do Século XIX, direitos que foram mantidos nas constituições posteriores. As constituições que se sucederam, além de manter esse núcleo, também promoveram aperfeiçoamentos e ampliações que resultaram das ebulições econômico-sociais e de fatores decorrentes das transformações políticas, especialmente, com a transformação do Estado Liberal em Estado Social, além, é claro, de fatores relacionados aos avanços do direito internacional. É importante o registro de que já na Constituição Republicana de 1891 houve, no Brasil, a introdução do controle difuso de constitucionalidade, cujas questões eram levadas ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário, bem como, também merece registro, que a Constituição de 1937, com nítido viés autoritário, reduziu a amplitude e o alcance dos direitos

⁵ “Somente no início do Século XX, particularmente após as grandes guerras mundiais, a revolução industrial e outros fatores vão as constituições abrigar não apenas as liberdades públicas ou os direitos negativos, já então chapados de sua conotação ideológica originária, também os direitos à prestações positivas do Estado – os chamados direitos econômicos, sociais e culturais reunidos usualmente pela doutrina como ‘direitos sociais’, que instrumentalizam o exercício dos direitos individuais e que demanda ao Estado não apenas o reconhecimento mas também a atuação positiva do Estado na elaboração de políticas públicas, criação de mecanismos e tomada de medidas efetivas para disponibilizar o exercício de direitos a todos os seres humanos. (...). Já no último quartel do Século XX, tende a desaparecer na normação positiva de direitos referências a o rótulo direitos individuais ou liberdades públicas que dão lugar à utilização da expressão ‘direitos fundamentais’, inseridas nas declarações contemporâneas com o significado de direitos da pessoa humana positivados numa Constituição.” FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In BITTAR, Eduardo C. B. Bittar e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006, p. 119.

⁶ “(...) assegurava direitos individuais (liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, liberdade de convicção religiosa e de culto conquanto adotasse religião do Estado, igualdade de todos perante a lei, abolição de açoites, tortura, marca de ferro quente e penas cruéis, exigência de lei anterior e autoridade competente para aplicação da pena, direito de petição e queixa, inclusive o de promover a responsabilização dos infratores da Constituição) e adentrava, já, no campo das garantias e proteção desses direitos, particularmente ao afirmar o direito aos socorros públicos e à segurança (...).” (FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In **EDIFIEO** (Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização), Osasco, 2006, p. 120).

fundamentais, inclusive com a supressão, no texto constitucional, do mandado de segurança⁷.

O processo de redemocratização que culminou na promulgação da Constituição de 1988 inaugura, no Brasil, o que parte da doutrina constitucionalista vem chamando de “neoconstitucionalismo”, iniciado na Europa continental, no período pós-guerra. Tem seu marco histórico, na lição de Luiz Roberto Barroso, na promulgação da Constituição da Alemanha de 1949 e na criação, neste país, do Tribunal Constitucional Federal em 1951, bem como nas constituições da Itália de 1947 e depois de Portugal e Espanha⁸.

O marco filosófico é representado pelo denominado pós-positivismo, o qual, na verdade, resultou da aproximação de duas grandes correntes do pensamento, qual seja, o jusnaturalismo e o positivismo, sendo o primeiro a grande corrente que impulsionou as revoluções liberais do século XVIII, mas que acabou por ser ofuscado pelo segundo que surgiu ao final do século XIX.⁹

Convém esclarecer que o positivismo jurídico que surgiu na Alemanha no final do século XIX não deve ser confundido com o positivismo filosófico, o qual surgiu na França, também no século XIX¹⁰, neste caso, com Auguste Comte.

Tem estreita relação com a problemática a ser desenvolvida neste trabalho as três grandes transformações ocorridas na forma de aplicação do Direito Constitucional, as quais compreendidas no que Luiz Roberto Barroso denomina de “marco teórico”. Essas três transformações, segundo o autor, são assim descritas: a)

⁷ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In BITTAR, Eduardo C. B. Bittar e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.) **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006, p. 121.

⁸ BARROSO, Luíz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista Opinião Jurídica, fortaleza, 2005, ano 3, n.6, p. 213.

⁹ “O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o Direito Natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do Positivismo Jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do Facismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da II Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito”. BARROSO, Luíz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista Opinião Jurídica, fortaleza, ano 3, n.6, p. 211-252, 2005, p. 214

¹⁰ “A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural.” BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 15.

o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional¹¹.

A Constituição, como mero documento político, não tinha força vinculante quanto à concretização de suas disposições, ficando condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Com a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica deu-se o passo inicial para que referidas normas viessem a ser consideradas dotadas de imperatividade, de caráter vinculativo e obrigatório. Associada a essa transformação também está a expansão da jurisdição constitucional, impulsionada por um novo modelo inspirado pela experiência norte americana, baseado na supremacia da Constituição cuja proteção dos direitos fundamentais, a partir de sua constitucionalização, passou a caber ao Poder Judiciário¹².

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve acentuada expansão da jurisdição constitucional por força da ampliação dos mecanismos de acesso à justiça; da conscientização do cidadão sobre os próprios direitos, inclusive em decorrência do próprio ativismo judicial como catalizador da implementação de políticas públicas; das várias inovações trazidas para o nosso controle de constitucionalidade, especialmente a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, apesar de convivermos com o controle difuso desde a Constituição de 1891 e com o controle abstrato genérico desde 1965. Acrescente-se a isso que a Constituição Federal de 1988 reservou à União a maior parte da competência legislativa, como se observa no seu art. 22, o qual estabelece a competência privativa da União. Decorre disso que a quase totalidade dos litígios que surgem no seio da sociedade está, de algum modo, albergado por uma lei federal passível de questionamento quanto à sua compatibilidade com as normas constitucionais a ensejar, em tese, o controle de constitucionalidade, o que resulta concretamente na possibilidade de a controvérsia ser levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

A terceira grande transformação a que se refere Luiz Roberto Barroso, no plano da dogmática jurídica, diz respeito à nova interpretação constitucional, cujo exercício requer, além do uso dos métodos tradicionais de interpretação do direito – gramatical, histórico, sistemático e teleológico – a utilização de outros princípios de natureza instrumental, que são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos de aplicação destas normas, quais sejam, o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da

¹¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Revista Opinião Jurídica, fortaleza, ano 3, n.6, p. 211-252, 2005, p. 215.

¹² BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Revista Opinião Jurídica, fortaleza, ano 3, n.6, p. 211-252, 2005, p. 216.

efetividade¹³, aos quais acrescentamos, também, o princípio da proporcionalidade, hodiernamente utilizado com frequência nas soluções que envolvem a colisão e os conflitos entre princípios e normas de direitos fundamentais¹⁴.

A constitucionalização das regras sobre direitos fundamentais, associada à expansão da jurisdição constitucional e à necessidade de se atribuir força normativa às respectivas disposições de direitos fundamentais com vista à efetiva concretização desses direitos, especialmente no que toca aos direitos fundamentais sociais, tem inspirado relevantes estudos doutrinários sobre a problemática que envolve a questão, com reflexos na jurisprudência dos poderes judiciários de inúmeros países, inclusive o brasileiro.

2. Os direitos sociais como direitos fundamentais

É importante registrar aqui que adotamos a terminologia “Direitos Fundamentais” em detrimento de outras existentes, e também válidas, como por exemplo, “Direitos Humanos”, “Direitos Humanos Fundamentais”, por opção pessoal sem que isso interfira no desenvolvimento do trabalho ou em suas conclusões.

Apesar de Robert Alexy conceber a terminologia “fundamentais” como uma das características do que ele denomina “direitos do homem”, a sua definição é bastante esclarecedora. Para o referido autor os direitos do homem se distinguem de outros direitos pela combinação de cinco marcas: Os direitos do homem são direitos (1) universais; (2) morais; (3) fundamentais; (4) preferenciais e (5) abstratos¹⁵.

Quanto à universalidade, o primeiro aspecto diz respeito à universalidade dos titulares e destinatários na medida em que se referem a direitos que cabem a todos os seres humanos. Homem, enquanto ser humano, numa delimitação mais clara, deve ser definido em seu conceito biológico, sem que isso, ademais, possa prejudicar a existência de determinados direitos atribuídos a grupos, comunidades e Estados, cujos titulares, apesar de serem compostos por homens, com esse não se confundem. Porém, uma vez que os titulares destes direitos são integrados por homens, Robert Alexy entende que se trata, nestes casos, de um alargamento dos direitos individuais à existência e desenvolvimento da personalidade na dimensão da comunidade, admitindo a possibilidade de fundamentação de direitos de coletividades como meio para a realização de direitos do homem¹⁶.

¹³ BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Opinião Jurídica*, fortaleza, ano 3, n.6, p. 211-252, 2005, p. 217

¹⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITTERO. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 569-570.

¹⁵ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 55-66, p. 58.

¹⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 55-66, p. 59.

São direitos morais na medida em que podem ser, simultaneamente, direitos jurídico-positivos, porém, sua validade não pressupõe, necessariamente, sua posituação, bastando que a norma que está em sua base valha moralmente, ou seja, que possa ser justificada diante de cada um que aceita uma fundamentação racional. São, também, preferenciais, posto que tais direitos estão em uma relação necessária de prioridade com o direito positivo, o qual deve assegurar a sua concretização. É um direito fundamental na medida em que sua violação ou não-satisfação vai significar, de certo modo, a morte ou sofrimento grave ou atinge núcleo essencial da autonomia. Enquanto abstratos, os direitos do homem prescindem de restrições ou limitações para conviver com direitos de outrem e também conviver com a conservação e o fomento de bens coletivos, cuja decisão sobre quais restrições podem ser admitidas assim como a aplicação dos direitos do homem aos casos concretos depende de ponderação¹⁷.

Quanto ao que se deva entender por “direitos sociais”, é possível concebê-los como direitos a uma prestação em sentido estrito, que são direitos da pessoa¹⁸, exercíveis em face do Estado¹⁹.

No que tange a uma fundamentação histórico-filosófica dos direitos fundamentais, Adriana Zawada Melo entende que a afirmação dos direitos sociais e a correlata expansão, tanto conceitual quanto geográfica do Estado de Direito Social, tem como ponto de partida a ideia de garantia de condições mínimas de existência humana digna, no âmbito de prestações estatais positivas, como premissa para o exercício da cidadania, neste caso, para o exercício dos direitos civis e políticos²⁰.

Para a referida autora “(...) é justamente essa ligação dos direitos sociais com os valores que a eles são subjacentes, no caso a igualdade e a dignidade da pessoa humana, que justifica a inclusão de tais direitos no conceito de direitos humanos fundamentais.”²¹

¹⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 55-66, p. 60-62.

¹⁸ Ver, também, MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV - Direitos Fundamentais**, 2ª. edição revista e atualizada, 1993, p. 85 e segts., 103-107,340-342

¹⁹ “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 499.

²⁰ MELO, Adriana Zawada. Direitos Sociais: igualdade e dignidade da pessoa humana. **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais**. Osasco: EDIFIEO, ano 7, n. 1, 2007, p.98.

²¹ MELO, Adriana Zawada. Direitos Sociais: igualdade e dignidade da pessoa humana. **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais**. Osasco: EDIFIEO, ano 7, n. 1, 2007, p. 98.

É importante assinalar que na Constituição alemã, tal como alerta Alexy²², não há, salvo pouquíssimas exceções, disposições expressas de direitos fundamentais sociais, o que suscita a problemática, no direito alemão, de se saber quais direitos fundamentais seriam por ela garantidos. Por sua vez, a Constituição brasileira de 1988, ao contrário da alemã, foi extremamente generosa quanto ao catálogo de direitos fundamentais sociais contidos em seu bojo, consagrando-os de forma expressa e implícita no texto de seu artigo 6º²³, embora tais circunstâncias não eliminem a problemática da concretização e da realização destes direitos sociais²⁴.

Em relação aos direitos sociais como direitos fundamentais^{25 26} Alexy aponta como o principal argumento em favor destes direitos à liberdade, que tem como ponto de partida duas teses. A primeira alicerça-se no fato de que a liberdade jurídica – permissão jurídica de fazer ou deixar de fazer algo – não teria nenhum valor sem a liberdade fática (real), sendo esta a possibilidade concreta de escolher uma alternativa dentro do espectro daquelas permitidas. A segunda tese sustenta que a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não pode alcançar seu substrato material dentro de um determinado espaço vital, sob o controle destes titulares, se considerada as condições da sociedade industrial moderna, de modo que esta liberdade passa a depender, sobretudo, da realização de atividades estatais²⁷. Para complementar estas duas teses o autor vai dizer que é necessário demonstrar as razões pelas quais a liberdade fática deve ser garantida diretamente pelos direitos fundamentais²⁸.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 500.

²³ CF - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010*).

²⁴ “Não apenas em termos quantitativos, ou seja, no que diz respeito ao número expressivo de direitos sociais expressa e implicitamente consagrados pela Constituição, mas também em termos qualitativos, considerando especialmente o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, a Assembleia Constituinte de 1988 foi inequivocamente (para alguns em demasia!) amiga dos direitos sociais, o que não significa, de acordo com a conhecida advertência de Lenio Streck, que com o advento da nossa atual Constituição as promessas de modernidade tenham sido efetivamente cumpridas entre nós.” Veja-se SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico constitucional brasileiro. In LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coordenação). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2009, p. 213-252, p. 214.

²⁵ Canotilho refere-se à classificação dos direitos sociais, alguns compreendidos como “direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. edição (9ª reimpressão), Coimbra: Almedina, 2003, p.403.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Os Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 127. Os autores, analisando a Constituição Portuguesa, enfatizam “os direitos sociais enquanto direitos fundamentais”. Conferir p. 127.

²⁷ Ver, a propósito do regime específico dos direitos sociais e a questão das tarefas, incumbências do Estado, MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV “Direitos Fundamentais”**, 2ª. edição, revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993 pp. 340-346.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 504-505.

Convém ponderar que a liberdade fática guarda íntima relação com as questões atinentes à desigualdade social, exclusão social e, por conseguinte, com a própria dignidade da pessoa humana e com as denominadas igualdades formal e material.

No Brasil, que há pouco passou a marchar sobre a rubrica de país “emergente”, constata-se sensível avanço na melhoria das condições sociais de uma parcela da população que vivia abaixo da linha da pobreza, por meio de instrumentos, como, por exemplo, o programa “bolsa família” e também porque vem experimentando satisfatório e oportuno crescimento econômico. Porém, convive-se ainda com problemas estruturais relacionados à exclusão social e à absurda concentração de renda que nos últimos anos vem se acentuando, o que acaba por ampliar cada vez mais a distância entre ricos e pobres, o que contribui para o aumento da desigualdade.

A necessidade de garantia dos direitos sociais como prestações positivas em face do Estado é questão de fundamental importância para o próprio processo democrático que não pode prescindir da participação efetiva de cidadãos²⁹.

Os argumentos segundo os quais a liberdade fática deve ser garantida pelos direitos fundamentais residem, num primeiro momento, na importância que esta liberdade tem para o indivíduo, e se é algo que pode ser juridicamente protegido, então deve ser juridicamente garantido. Num segundo momento, o argumento reside no fato de que a liberdade fática é importante também em seu aspecto substancial. Ilustra Alexy a posição do Tribunal Constitucional Federal alemão que, ao interpretar o catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o concebeu como um sistema de valores centrado no livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social, de tal forma que, sob a luz da teoria dos princípios, isso deve ser interpretado de modo que o catálogo de direitos fundamentais seja a expressão de princípios que devem primar pelo desenvolvimento da dignidade do indivíduo na comunidade social, o que pressupõe certa medida de liberdade fática³⁰.

²⁹ “Democracia é direito positivo de toda e qualquer pessoa, no âmbito de sua “cracia”. Nesse contexto, aqueles que não consideram o problema da exclusão social, usam a expressão “povo” de forma meramente icônica; eles não são democratas, não participam do discurso democrático. A exclusão desenvolve uma dinâmica fatal. Já em 1821, Hegel, ao analisar a sociedade capitalista nos seus primórdios, estabeleceu, em Princípios de Filosofia do Direito, que a pauperização econômica acarretaria enormes desvantagens em termos de educação, formação profissionalizante, cultural, grau de informação, sentimento de justiça e autoestima. Resta acrescentar que um padrão de vida excessivamente baixo, o empobrecimento da família e o estigma do bairro residencial errado; a comunicação, pela gerência do banco, do encerramento da conta corrente; a exclusão crescente da vida social, cultural e política; enfim, o enfraquecimento do sentimento de valor próprio, a falta de reconhecimento, tem como um de seus efeitos mais perversos a paralisação, enquanto seres políticos, das pessoas afetadas. O descenso econômico leva rapidamente à privação sócio-cultural e à apatia política – o que, quase sempre, satisfaz os desígnios das esferas dominantes da sociedade. O “desfavorecimento”, mesmo em apenas uma área parcial, produz uma “reação em cadeia de exclusão” que resulta, não em último lugar, na “pobreza política”. CF. MULLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, Ano: 3, n.6, p. 393-403, 2005, p. 395.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 506.

Para Adriana Zawada, o ordenamento jurídico brasileiro é dotado de forte viés promocional que tem como sua marca essencial a busca pela igualdade material, o que se obtém por meio de prestações positivas do Estado e que, no campo dos direitos sociais, tem sua expressão mais direta³¹.

Por sua vez, adverte Ingo Wolfgang Sarlet que o qualificativo “social” não tem uma vinculação exclusiva com prestações positivas do Estado tendentes a garantir proteção e segurança social como instrumento para compensar desigualdades fáticas manifestas e meio de garantia das condições mínimas para uma vida digna. É que são sociais, também, os direitos que têm por escopo assegurar e proteger um espaço de liberdade ou mesmo de determinados bens jurídicos pertencentes a determinado segmento social em virtude de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, como é o caso dos direitos dos trabalhadores³².

A nossa Constituição de 1988 consagra em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do Brasil; estabelece como objetivos fundamentais no art.3º a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a redução da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais e, por fim, a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; enuncia, também, o princípio da igualdade no *caput* do art. 5º.

Com isso, é indubitável que a nossa Constituição está plasmada na ideia de um Estado Democrático e Social de Direito, e com essa concepção de estado, é íntima a relação de vinculação dos direitos fundamentais sociais.

³¹ MELO, Adriana Zawada. Direitos Sociais: igualdade e dignidade da pessoa humana. **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais**. Osasco: EDIFIEO, ano 7, n, 1, 2007, p. 112.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico constitucional brasileiro. In LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coordenação). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2009, p. 213-252, p. 220.

3. O direito à saúde como direito fundamental e sua concretização

O direito à saúde é um direito social, expressamente assegurado nas normas do art. 6º e do art. 196 da Constituição Federal de 1988, cujo efetivo exercício deve ser garantido, mediante competência comum, pelos poderes da União, dos Estados e dos Municípios, conforme definido no art. 23, inciso II, da Carta Magna.

Por certo, não se pode afastar a ideia de que o direito à saúde é um direito público subjetivo do indivíduo à prestação positiva em sentido estrito em face do ente público. Também não se pode recusar a ideia de que o direito à saúde é indissociavelmente ligado ao direito à vida e, por conseguinte, na esteira dos direitos sociais, orbita em torno de um valor supremo que é o valor da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil.

A problemática em torno do direito à saúde diz respeito, especialmente, à questão relacionada às normas que garantem esse direito e que impõem ao Estado o dever de garanti-las, as quais podem fundamentar direitos e deveres definidos, quando no âmbito das regras, ou indefinidos, quando no âmbito dos princípios, de modo que a definição do como e em que medida o direito à saúde pode ser garantido é o grande desafio no que respeita à sua concretização.

Tais questões estão situadas, portanto, no âmbito da eficácia e da efetividade das normas dos direitos fundamentais sociais³³.

É necessário enfatizar que a norma de direito fundamental que garante a saúde tem estrutura de regra, tal como prevista no art. 196 da Constituição Federal³⁴, pois se extrai desse enunciado normativo um juízo de dever-ser concreto e direto.

Se no âmbito da efetiva proteção da norma constitucional do direito à saúde é possível vislumbrar uma natureza prestacional, torna-se irrecusável a necessidade de compatibilização entre o que deve ser entendido como “mínimo existencial” e a denominada “reserva do possível”³⁵, como cláusula de restrição do direito. O

³³ “(...) quando estamos tratando da eficácia das normas de direitos fundamentais fazemos referência à aptidão e potencialidade das normas constitucionais de direitos fundamentais de produzirem seus efeitos práticos, ou seja, referimo-nos sempre à possibilidade concreta, real e imediata da norma de ser realizada. A efetividade, por sua vez, é entendida precisamente como esta realização do postulado normativo no âmbito fático, correspondendo então à noção de eficácia social.” GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. 1º ed. Juruá, 2004, p. 164.

³⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁵ A propósito da “reserva do possível” ver, entre outros SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In **Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Beneti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.29. Ver também SARLET, Ingo Wolfgang, Marinoni, Luiz Guilherme, MITTIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, pp. 558-568.

mínimo existencial, para Alexy, é um direito subjetivo vinculante e como proteção mais intensa, é garantido por normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações³⁶.

Na prática das decisões do Supremo Tribunal Federal é importante trazer à baila comentários sobre a fundamentação contida no voto do ministro Gilmar Mendes quando do julgamento do agravo regimental no pedido de suspensão de tutela antecipada STA-AgR 175/CE³⁷, pelo qual a União agravou da decisão que lhe negou referido pedido e que lhe havia ordenado que fornecesse um determinado medicamento a uma pessoa portadora de doença grave. Neste voto, o relator desatou em boa medida inúmeras questões complexas relacionadas à concretização do direito à saúde³⁸, inclusive se valeu do instrumento das audiências públicas realizadas nos meses de abril e maio de 2009.

O relator inicia seu voto afirmando que a doutrina brasileira há muito se ocupa da interpretação do art. 196 da CF, em que proliferaram muitas teses, inclusive antagônicas, em todas as instâncias do Poder Judiciário e também no meio acadêmico, as quais procuraram definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde representa um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado.

A compatibilização entre o que se convencionou denominar “mínimo existencial” e a “reserva do possível” é que conduziu às divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde. Assinala o relator que os direitos fundamentais, além do postulado da proibição de intervenção, contemplam, também, um postulado de proteção e, mais, um postulado da proibição de proteção insuficiente.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 501.

³⁷ STA 175 AgR / CE – CEARÁ - AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA - Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente) - Julgamento: 17/03/2010 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação - DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 - EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

³⁸ Cabe registrar a relevância - já anotada antes - da Audiência Pública sobre Saúde, convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, que tinha para decidir várias STA (Suspensão de Tutela Antecipada e SS e SL)). A audiência pública foi proposta com fundamento no art. 363, II, do RISTF. Nos consideranda, entre outros fundamentos para a convocação da audiência, esclarece o Presidente, “Considerando os diversos pedidos de Suspensão de Tutela antecipada em trânsito no âmbito desta Presidência, os quais objetivam cautelares que determinaram o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas em UTI, contratação de servidores de saúde, realização de cirurgias, custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior entre outros)”. Em exame, pelo Presidente citem-se as STA 175 (objeto de análise neste texto), 178, 211 e 278; as SS (suspensão de segurança) 3.724, 2.944, 2.368, 3.345 e 3.355, e a Suspensão de Liminar (SL) 47. Conferir In FERRAZ, Anna Candida da Cunha. “A projeção da democracia participativa na Jurisdição Constitucional no Brasil: as audiências públicas e sua adoção no modelo concentrado de constitucionalidade” In HORBACH, Carlos Bastide et all (Coordenadores). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia** (homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho). São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 108-113.

Quanto à ordem objetiva, ressalta o relator a importância dos direitos à organização e ao procedimento quanto aos direitos fundamentais que dependem de providências estatais quanto à estruturação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. As questões econômicas são relevantes na medida em que direitos fundamentais têm custos, e isto confere relevo à chamada “reserva do possível” já que evidencia a escassez dos recursos públicos, bem como conduz à necessidade de se fazer escolhas alocativas no âmbito da opção política. A dimensão prestacional dos direitos sociais associada à ideia de custo, por envolver a necessidade de recursos públicos, tem sido o principal argumento contrário à judicialização dos direitos sociais, pois a intervenção no âmbito das decisões políticas violaria o princípio da separação dos poderes e o da reserva do financeiramente possível. Em favor da judicialização um importante argumento é construído por Robert Alexy ao tratar dos direitos sociais³⁹.

Salienta o relator que os defensores da judicialização dos direitos sociais argumentam que esses direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana, e sendo assim, ao menos o mínimo existencial não pode deixar de ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

Em relação ao enunciado normativo contido no art. 196 da Constituição Federal, o relator afirma que se refere a um 1) direito de todos; 2) dever do Estado; 3) garantido mediante políticas sociais e econômicas; 4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos; 5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário; 6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

É um direito de todos que pode ser identificado como um direito individual e um direito coletivo à saúde, não se podendo considerar como uma norma programática, sob pena de se negar a força normativa da Constituição. Há o dever fundamental do Estado de prestação da saúde, sendo competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme prevê o art. 23, inciso II, da Constituição Federal, na condição de responsáveis solidários, consistente no desenvolvimento de políticas com o objetivo de reduzir as doenças, à promoção, à proteção e a recuperação da saúde, tal como expresso no art. 196. Essa solidariedade e subsidiariedade da responsabilidade são reforçadas pela descentralização e conjugação dos recursos financeiros dos entes da federação pelo Sistema Único de Saúde.

³⁹ “(...) os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.” ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2º ed. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 511.

ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 29/04/2004 - Publicação - DJ 04/05/2004 PP-00012 - RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Ver também, para exemplo, a STA 238 – Relator Ministro Gilmar Mendes – julgamento em 21.10.2008 (www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar/jurisprudencia.asp)

Questão interessante, neste julgamento, assinalada pelo relator, e que surgiu nos debates ocorridos nas audiências públicas, diz respeito ao entendimento que sobressaiu no sentido de que, na quase totalidade dos casos envolvendo a questão da saúde, o problema não foi de judicialização, ou seja, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas, mas apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Isso é importante na medida em que se torna um parâmetro de análise do problema da interferência do Poder Judiciário, sendo o primeiro dado a ser considerando, ou seja, se a reivindicação da tutela jurisdicional à exigência de uma prestação efetiva de saúde recairá sobre uma política estatal já existente ou a intervenção judicial implicará a necessidade de implementação de uma política pública, e neste último caso está sediado o problema da intervenção do Poder Judiciário e da eventual violação ao princípio da separação dos poderes.

Se determinada prestação à saúde já estiver prevista entre as políticas públicas do Sistema Único de Saúde, a questão é menos complexa, pois a atuação jurisdicional limitar-se-á à determinação de seu cumprimento. Por outro lado, se a prestação de saúde não estiver dentre as políticas públicas existentes, será preciso analisar se esta prestação decorre, nas palavras do relator “de (1) omissão legislativa ou administrativa; (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal ou (3) de uma vedação legal à sua dispensação.”

Além disso, é necessário considerar o fato de que o SUS deve observância ao princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, cuja viabilidade depende da adoção e cumprimento de políticas públicas com eficiência na distribuição dos recursos, sempre escassos, de tal forma que não se poderia obrigar a rede pública a atender toda e qualquer ação de prestação de saúde sob pena de uma ação como essa gerar grave lesão à ordem administrativa e um provável colapso no atendimento médico da parcela mais necessitada da população.

O relator conclui que se deve privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS e não aquele pleiteado pelo paciente nas hipóteses em que não seja comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente, o que não exclui a possibilidade do Poder Judiciário ou da própria Administração optar por uma solução diferente daquela custeada pelo SUS, por razões que digam respeito ao próprio organismo do paciente cujo tratamento colocado à sua disposição é ineficaz.

Portanto, a existência ou não de protocolo clínico no SUS não é condicionante à concretização do direito a uma prestação de saúde, cuja omissão administrativa no tratamento de determinada patologia pode ser questionada judicialmente, tanto por meio de ações individuais como por meio de ações coletivas. A recomendação, quanto a estas ações, diz respeito à necessidade de ampla produção de provas na

instrução processual, o que é fundamental, inclusive, para a concessão de eventual medida liminar de natureza cautelar ou mesmo antecipatória da tutela jurisdicional.

O ministro Celso de Mello, nessa mesma esteira, por ocasião de decisão monocrática na Medida Cautelar na ADPF 45⁴⁰, capitaneou importantes argumentos favoráveis à atuação do Poder Judiciário em questões relacionadas à implementação de políticas públicas, valendo-se de relevante contribuição de Andreas Joachim Krell.^{41 42}

Portanto, o direito à saúde como um direito social é garantido por norma com estrutura de regra que obriga os poderes públicos à sua concretização, cuja omissão do legislador ou do executivo, seja quanto à negativa da prestação ou mesmo da ausência de elaboração ou cumprimento de política pública dotada dos procedimentos necessários à garantia do direito, pode ser questionada junto ao Poder Judiciário, que deve determinar o cumprimento da prestação de saúde quando já houver a política pública, em face da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, obrigados solidariamente, bem como nos casos em que não houver a política pública ou se, mesmo existente, não for eficaz, considerando

⁴⁰ ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 29/04/2004 – Publicação - DJ 04/05/2004 PP-00012 - RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Ver também, para exemplo, a STA 238 – Relator Ministro Gilmar Mendes – julgamento em 21.10.2008 (www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar/jurisprudencia.asp)

⁴¹ Apud MELLO, Celso. Decisão monocrática proferida na ADPF 45 – Relator Min. Celso de Melo, disponível em <http://www.stf.jus.br>.

⁴² ANDREAS, Joaquim Krell “**Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**”, p. Porto Alegre, Fabris, 2002, pp. 22-23: “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.”

a singularidade do beneficiado, deve determinar o necessário à concretização desse direito para garantir seu núcleo essencial e intangível consubstanciado no mínimo existencial.

Conclusões

A expansão da jurisdição constitucional impulsionada por um novo modelo inspirado pela experiência norte-americana baseada na supremacia da Constituição, fez com que a proteção dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, a partir de sua constitucionalização, passasse a caber ao Poder Judiciário.

Quanto ao que se deve entender por “direitos sociais” é possível concebê-los como direitos constantes de normas que induzem a uma prestação em sentido estrito, que são direitos de todos, como registra a Constituição, e cujo exercício pode ser exercível ou exigível do Estado.

O ordenamento jurídico brasileiro tem nítido caráter protetivo e releva como marca essencial a busca pela igualdade material, o que se obtém por meio de prestações positivas do Estado com expressão mais direta no campo dos direitos sociais.

A nossa Constituição de 1988 consagra em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do Brasil; estabelece como objetivos fundamentais no art.3º a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a redução da pobreza e da marginalização além de reduzir as desigualdades sociais e regionais e, por fim, promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; enuncia, também, o princípio da igualdade no *caput* do art. 5º.

Com isso, afere-se que a nossa Constituição está plasmada na ideia de um Estado Democrático e Social de Direito, e com essa concepção de estado, é íntima a relação de vinculação dos direitos fundamentais sociais. O direito à saúde é um direito público subjetivo do indivíduo à prestação positiva em sentido estrito em face do ente público.

Também não se pode recusar a ideia de que o direito à saúde é indissociavelmente ligado ao direito à vida e, por conseguinte, na esteira dos direitos sociais, orbita em torno de um valor supremo que é o valor da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil, bem como reclama direitos à organização e a procedimentos que dependem de providências estatais quanto à estruturação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

É necessário enfatizar que a norma de direito fundamental que garante a saúde tem estrutura de regra, tal como prevista no art. 196 da Constituição Federal, pois, extrai-se daquele enunciado normativo um juízo de dever-ser concreto e direto.

As questões econômicas são relevantes na medida em que direitos fundamentais têm custos, e isto confere relevo à chamada “reserva do possível” já que evidencia a escassez dos recursos públicos, bem como conduz à necessidade de se fazer escolhas alocadas no âmbito da opção política.

Há o dever fundamental do Estado de prestação da saúde, resultando dos dispositivos que definem a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme prevê o art. 23, inciso II, da Constituição Federal, uma condição desses entes políticos como responsáveis solidários. A responsabilidade solidária consiste no desenvolvimento de políticas com o objetivo de reduzir as doenças, de promoção, de proteção e da recuperação da saúde, tal como expresso no art. 196.

Se determinada prestação à saúde já estiver prevista entre as políticas públicas do Sistema Único de Saúde - SUS, a atuação jurisdicional limitar-se-á à determinação de seu cumprimento. Por outro lado, se a prestação de saúde não estiver alocada entre as políticas públicas existentes, será preciso analisar se esta prestação decorre de (1) omissão legislativa ou administrativa; (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal ou (3) de uma vedação legal à sua prestação.

Por fim, a existência ou não de protocolo clínico no SUS não é condicionante à concretização do direito a uma prestação de saúde, cuja omissão administrativa no tratamento de determinada patologia pode ser questionada judicialmente, tanto por meio de ações individuais como por meio de ações coletivas, de modo que o Poder Judiciário deverá determinar o necessário à concretização desse direito para garantir seu núcleo essencial e intangível consubstanciado no mínimo existencial.

Bibliografia:

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 67-79.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático. In **Revista de Direito Administrativo**, Tradução de Luís Afonso Heck, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 55-66.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros: 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Opinião Jurídica**, fortaleza, 2005, ano 3, n.6, p. 211-252.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina. 2003

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In BITTAR, Eduardo C. B. e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org). **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**, Osasco: EIDIFEO, 2006.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. “A projeção da democracia participativa na Jurisdição Constitucional no Brasil: as audiências públicas e sua adoção no modelo concentrado de controle”. In HORBACH, Carlos Bastide et all. (coordenadores). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia** (homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho). São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 75-120.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. 1º ed. Juruá, 2004.

MELO, Adriana Zawada. Direitos Sociais: igualdade e dignidade da pessoa humana. **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais**. Osasco: EDIFIEO, ano 7, n, 1, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 2ª edição revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993

MULLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, Ano: 3, n,6, p. 393-403, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico constitucional brasileiro. In LEITE, Jorge Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coordenação). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista do Tribunais/Coimbra Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Jurisprudência:

STA 175 AgR / CE – CEARÁ - AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA - Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente) - Julgamento: 17/03/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação - DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 - EMENT VOL-02399-01 PP-00070

ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - Relator: Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 29/04/2004 – Publicação - DJ 04/05/2004 PP-00012 - RTJ VOL-00200-01 PP-00191

STA (SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA) N. 178, 211 e 278; SS (SUSPENSÃO DE SEGURANÇA) N. 3.724, 2.944, 2.368, 3.345 e 3.355, e SL (SUSPENSÃO DE LIMINAR) 47.238 – Relator Ministro Gilmar Mendes. Acesso em 05/10/2012. (www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar/jurisprudencia.asp).