

O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal¹: uma análise comparada²

Marcelene Carvalho da Silva Ramos³

Introdução

Contextualizando o direito à saúde no âmbito da teórica contemporânea dos direitos fundamentais.

Como se sabe, a dogmática constitucional contemporânea classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações – de natureza fática e jurídica. Os direitos fundamentais prestacionais, por sua vez, dividem-se em direitos a prestações em sentido amplo – direitos de proteção e direitos à participação na organização e

¹ Conferência proferida no Seminário “O SUS e o Poder Judiciário no Paraná – Discutindo as políticas de Assistência Farmacêutica”, realizado em 25-6 de novembro de 2004, pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná e Secretaria de Estado da Saúde.

² O texto original da conferência foi atualizado por meio de análise do direito comparado, em especial o Português.

³ Procuradora do Estado do Paraná, doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela UFPF, Master em Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica pela Universidade Internacional de Andalucía – Espanha e Professora de Direito Constitucional e de Processo Constitucional da UniCuritiba.

procedimento – e os direitos a prestações em sentido estrito, ou direitos fundamentais sociais (direitos a prestações materiais sociais)⁴.

Os direitos fundamentais de defesa são próprios do Estado Liberal de Direito e exigem uma abstenção estatal, ou seja, sua não intervenção na esfera dos direitos de liberdade dos cidadãos; e os direitos fundamentais de ação ou a prestações exigem ações dos poderes públicos, consistentes em prestações fáticas ou jurídicas e são direitos próprios do Estado de Direito Democrático e Social. Não obstante a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa, de omissão estatal (liberdade abstrata) e os direitos fundamentais prestacionais, que impõem a atuação estatal, a fim de se assegurar a igualdade de condições ao livre desenvolvimento da personalidade humana (liberdade real), há uma nítida interpenetração dos direitos fundamentais⁵.

De outro vértice, os direitos fundamentais são a um só tempo direito objetivo e direito subjetivo, detendo, portanto, duplo caráter. São direitos subjetivos porque garantem um direito individual e impõem um dever estatal de assegurar tal direito. São direitos objetivos porque integram o ordenamento jurídico objetivo da coletividade⁶.

⁴ INGO W. S. In: **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2. ed. 2001, p. 170.

⁵ Nesse sentido, Konrad Hesse In: *Elementos de Direito Constitucional*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 235: “Como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito. Em uma ordem liberal constitucional são necessários tais direitos de defesa, porque também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso de poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiça”.

⁶ Konrad Hesse, In: *op. cit.*, p. 228. “Por um lado eles são direitos subjetivos, direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito..., mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida.... Por outro, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição.”

Os direitos prestacionais ou direitos a ações positivas do Estado compreendem as prestações em sentido amplo – os direitos à proteção e os direitos à organização e procedimento – e os direitos a prestação em sentido estrito ou propriamente os direitos fundamentais sociais. Aos direitos a prestações correspondem, portanto, posições jurídicas fundamentais distintas, conforme o seu objeto, podendo-se classificá-los em direitos a prestações jurídicas ou normativas e direitos a prestações fáticas ou materiais. Com isso, os direitos prestacionais não se restringem a prestações materiais, mas integram também direitos de proteção a posições jurídicas do cidadão em face do Estado, assim como direitos de participação na organização e procedimentos dos direitos fundamentais, sendo que estes reportam-se ao Estado de Direito de matriz liberal na condição de garantes da liberdade e igualdade na sua dimensão defensiva.

Já a existência de direitos a prestações em sentido estrito dá-se no âmbito do Estado Social, são, aliás, direitos típicos do Welfare State e importam na sua atuação no sentido da criação, fornecimento e distribuição de prestações materiais, constituindo-se naqueles direitos fundamentais a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de particulares⁷. São os denominados direitos fundamentais sociais e, assim como ocorre com os direitos de defesa e os direitos a prestações, há uma íntima interpenetração entre os direitos a prestações em sentido amplo e em sentido restrito, assim como em torno de sua igual dignidade como direitos fundamentais⁸.

⁷ Cfr. Robert Alexy, In: *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 482 (tradução livre). Os direitos a prestações em sentido estrito são direitos do particular a obter através do Estado bens sociais (saúde, educação, segurança social), que não os pode obter no comércio privado, seja pela escassez dos seus recursos financeiros, seja por resposta insatisfatória do mercado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado). São direitos sociais, indistintamente, todos aqueles que dependem da providência estatal, ou seja, da ação positiva do Estado, a quem cabe assegurar prestações existenciais dos cidadãos.

⁸ Cfr. Ingo Sarlet, In: *A Eficácia...*, p. 195.

Os direitos fundamentais sociais são, também, em alguma medida, dependentes da organização e do procedimento para sua realização, bem como podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, servindo como garantias procedimentais. Em sentido estrito, os direitos à organização e ao procedimento asseguram ao indivíduo que o legislador dite normas de organização conformes ao direito fundamental (ALEXY e CANOTILHO) e facilite procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal. Nesse contexto, para a garantia do acesso aos bens sociais é indispensável a preexistência de instituições, esquemas organizacionais e procedimentais que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais.

Para o juspublicista germânico Alexy, os direitos fundamentais são posições jurídicas tão importantes, que a outorga (ou não outorga) não pode ficar livremente franqueada à disposição parlamentar. E, que a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui definitivamente resulta basicamente da ponderação entre princípios, de um lado o princípio da liberdade fática, de outro, os princípios formais de competência do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes e, ainda, princípios materiais que, sobretudo, refirmam-se à liberdade jurídica de outros e também a outros direitos fundamentais sociais e a bens coletivos⁹.

⁹ Robert Alexy, in *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 494. Diversamente do que ocorre no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a Lei Fundamental de Bonn – ao contrário também das Constituições dos Estados-federados alemães – é cautelosa na formulação dos direitos a prestações, só explicitando um direito fundamental social no sentido de direito subjetivo à prestação para o direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade (art.6, § 4, LF), por isso, eles têm que ser deduzidos de outras disposições jusfundamentais. Isso porque, tanto do ponto de vista de seu texto como de sua gênese, a Lei Fundamental alemã tem primariamente o caráter de uma Constituição burguesa e de Estado de Direito voltada para os direitos de defesa. Alexy alerta que ocorre colisão entre direitos fundamentais sociais de uns e os direitos de liberdade de outros também devido aos custos financeiros decorrentes do cumprimento dos direitos fundamentais sociais, já que o Estado só pode distribuir aquilo que consegue arrecadar com os tributos sem lesionar os direitos fundamentais dos contribuintes e que, as colisões entre direitos fundamentais sociais e bens coletivos resultaria da absorção de grande parte do orçamento público para a realização de ambos, em face dos seus efeitos financeiros (p. 493-494).

Como resultado dessa ponderação entre princípios, deverão estar presentes condições que assegurem e satisfaçam direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, direito a um mínimo vital, que garantam um padrão mínimo de saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, segurança, previdência social, que renda homenagem ao princípio da dignidade humana. Assim, uma tal compreensão de direito subjetivo vinculante *prima facie* (ou seja, de princípio) dos direitos sociais fundamentais significa que, para além do caráter programático das normas que vinculam esses direitos, a sua cláusula restritiva, qual seja, a reserva do possível – aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não pode ter como consequência a ineficácia desse direito e sim, deve-se compreender que tal cláusula expressa a necessidade de ponderação desse direito¹⁰.

Já no direito português, pode-se afirmar¹¹, com base nos acórdãos n^{os} 39/84 e 101/92 proferidos pelo Tribunal Constitucional, que os direitos

¹⁰ Cfr. Robert Alexy, In: *Teoria ...*, p. 499

¹¹ J. J. Gomes Canotilho, In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1998, 2. Ed. p. 434. Com fundamento ainda no acórdão n^o 39/84, do Tribunal Constitucional, referente à extinção legal do Serviço Nacional de Saúde de Portugal, Canotilho ressalta que assim se revela a *força jurídico-constitucional dos direitos sociais*: (i) os direitos fundamentais sociais consagrados constitucionalmente dispõem de *vinculatividade normativo-constitucional*, não são, portanto, meros “programas” ou linhas de direção política”; (ii) as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de *parâmetro de controlo judicial* quando estejam em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos; (iii) as *normas de legislar* acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas *imposições legiferantes*, cujo não cumprimento poderá justificar a *inconstitucionalidade por omissão*; (iv) as *tarefas* constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização destes direitos devem traduzir-se na edição de *medidas concretas e determinadas* e não em promessas vagas e abstratas; (v) a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não está à livre *disponibilidade do legislador*, inobstante sua *liberdade de conformação*, quer quanto às soluções normativas concretas, quer quanto ao modo de organização e ritmo de concretização.

sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas. Assim, o direito à segurança social, o direito à saúde são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, das liberdades e garantias, e, portanto, nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas incrustadas no âmbito de proteção destes direitos.

No desenvolvimento da compreensão dos direitos sociais no Brasil, destaca-se, primeiramente, que a doutrina aponta para o duplo caráter dos direitos fundamentais, concebendo-os a um só tempo como direitos subjetivos – aptos a outorgar aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos públicos – e como direitos objetivos – como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, formadores da base do ordenamento jurídico do Estado de Direito democrático¹².

Considera-se, ainda, que os direitos de defesa são insuficientes para assegurar a liberdade real, que depende de ações positivas do Estado, de intervenção e não de abstenção, pois, cuida-se, não só de ter liberdade em relação ao Estado, mas de desfrutar dessa liberdade por meio das prestações advindas do Estado. Cuida, assim a moderna dogmática dos direitos fundamentais sociais, da possibilidade de o Estado obrigar-se à criação dos pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de o titular do direito impor sua pretensão a prestações em face do Estado.

É, pois, ponto nuclear da teoria dos direitos fundamentais do Estado Social – que pretende superar o choque entre liberdade jurídica e liberdade real – que os direitos fundamentais não têm só um caráter delimitador negativo, mas também o caráter de facilitador de prestações sociais pelo Estado,

¹² Por todos: Ingo W. Sarlet. In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*.

cabendo a este buscar os meios de criar os pressupostos sociais necessários para a realização desses direitos fundamentais e favorecê-los. Também, os direitos fundamentais sociais visam assegurar, mediante prestações materiais, a compensação das desigualdades sociais, proporcionando o exercício de liberdade e igualdade reais e efetivas, o que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada¹³.

O Direito Fundamental à Saúde como positivado na CF/88

Vimos que a doutrina nacional reconhece o caráter complementar entre os direitos de defesa e os direitos sociais a prestações materiais, rechaçando qualquer dualidade ou dicotomia entre eles, além de atribuir a mesma dignidade a ambas as categorias (ou dimensões) dos direitos fundamentais. Entretanto, reafirma suas distinções, que se revelam para além de seu objeto – abstenção ou ação estatal – na esfera da densidade normativa e da eficácia das normas que os consagram e que deságuam, principalmente, no problema central do reconhecimento de um direito individual subjetivo a prestações materiais.

Vem da doutrina, em especial a alemã e a lusitana, a compreensão de que os direitos fundamentais a prestações podem ser concebidos como direitos originais e direitos derivados a prestações. Aqueles são definidos como posições jurídicas que podem ser deduzidas diretamente das normas constitucionais que consagram direitos sociais, independentemente da atuação legislativa. Estes dependem da prévia existência de um sistema de prestações estatais e se caracterizam como direitos de igual acesso a elas. É que as normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais podem

¹³ Ingo W. Sarlet. In: *A Eficácia...*, p. 202.

ser de eficácia plena e aplicabilidade imediatas ou de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, dependentes, estas, de integração legislativa.

Por outro lado, o conteúdo da prestação não pode ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, dada a especificidade de cada direito fundamental prestacional. Saliente-se, também, que cada direito social à prestação apresenta um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia etc.). É a forma de positivação no texto constitucional das diferentes espécies de prestações que efetivamente irá constituir o objeto dos direitos sociais, bem como a sua concretização pelo legislador.

Assim, somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. É o que sucede designadamente no caso do direito à saúde, que deve ser realizado por meio de um serviço nacional de saúde, de acesso universal e gratuito, nos termos preconizados constitucionalmente.

Com relação à eficácia¹⁴ das normas constitucionais veiculadoras do direito fundamental à saúde, vê-se já no Preâmbulo da Constituição Federal, e ainda no art. 3.º, inc. III, que os direitos sociais prestacionais encontram-se intimamente vinculados às funções do Estado na sua expressão como Estado Democrático Social, que deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes, a fim de reduzir as desigualdades sociais.

¹⁴ Reafirme-se, ainda quanto à eficácia do direito fundamental à saúde, a regra principiológica de maximização da eficácia e de vinculação aos poderes públicos (e também no âmbito das relações privadas) contida no art. 5º, § 1º, CF.

Sendo assim, é extrema de dúvidas que a Lei Maior brasileira¹⁵ positivou o direito à saúde como direito fundamental social, incluindo-o no Catálogo dos Direitos Fundamentais, no artigo 6º, Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais. Assim é que o constituinte de 1988 inscreveu: “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, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”¹⁶.

¹⁵ Germano Schwartz, in *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, I. ed., p.p 43-48. A Constituição Imperial de 1824, assim como a Republicana de 1891 nada dispuseram acerca do direito à saúde. Somente com a Constituição de 1934, e o surgimento de um suposto Estado Social brasileiro, o tema foi tratado e apenas do ponto de vista da competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre o tema (art. 10, II). As Constituições de 1937 e 1946 novamente silenciaram sobre o direito à saúde. No plano internacional, Constituição Italiana de 1948 foi pioneira, adotando a orientação da OMS (Organização Mundial da Saúde), que passou a adotar a concepção de saúde como bem-estar físico e mental e não só como ausência de doença, como ocorria com a concepção do Estado Liberal (que tinha como objetivo tratar da doença para repor o trabalhador em seu posto de trabalho, visando o acúmulo de capital). A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, elencou, em seu artigo 25, a saúde como elemento da cidadania. A partir daí, as Constituições contemporâneas recepcionaram o tema, com destaque para a Constituição Portuguesa de 1976 e o Direito alemão. Contudo, a Constituição Brasileira de 1967, em seu art. 8º, XIV, apenas delegava à União a competência de estabelecer planos nacionais de educação e saúde, sem avanços mais significativos no que respeita à proteção da saúde. Somente com a Constituição de 1988 o direito à saúde foi positivado como direito fundamental social.

¹⁶ Para a doutrina, o *atributo social* do direito determina, de maneira objetiva, a obrigação ao Estado de assegurar aos indivíduos um conjunto de regras de proteção e atendimento que possibilite a plena realização da condição humana. E que, o constituinte, adotando uma visão moderna da função do Estado, procurou assegurar direitos básicos inerentes à dignidade humana, com o que os indivíduos passaram a ser titulares de uma espécie de crédito junto ao Estado, que lhes é devedor de determinadas prestações sociais.

De acordo com a Teoria da Geração de Direitos Humanos de Norberto Bobbio, In: *A Era dos Direitos*, Editora Campos, Rio de Janeiro, 9ª Ed., 1992, p. 217, o direito à saúde é direito de 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, e 5ª gerações. Assim, como direito de 1ª. Geração protege a vida prevalecendo a autonomia da vontade; como direito de 2ª. Geração, tipifica o direito à saúde como direito social; como direito de 3ª. Geração, o direito à saúde constitui direito coletivo e difusos (transindividual); como direito de 4ª. Geração, o direito à saúde remete aos direitos de bioética, biotecnologia e bioengenharia; e finalmente, como direito de 5ª. Geração, o direito à saúde está abrangido pelos direitos de realidade virtual, revolução cibernética e internet. (Cfr. também Germano Schwartz, in *Direito à ...* pp. 52-56.)

Insculpiu, ainda, o legislador constituinte, agora fora do Catálogo: “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Oportuno destacar que o direito à saúde tem duas faces: uma, a da preservação da saúde; outra, a da proteção e recuperação da saúde. O direito à preservação da saúde tem como contrapartida as políticas que visam à redução do risco de doença, situando-se o próprio direito a um meio ambiente sadio. Está aqui uma prevenção genérica, não individualizável, da doença. O direito à proteção e recuperação da saúde é o direito individual à prevenção da doença e seu tratamento traduz-se no acesso aos serviços e ações destinados à recuperação do doente. Enquanto o primeiro é típico direito de solidariedade, o segundo é típico direito fundamental à prestação positiva.

A saúde é, ainda, direito individual, coletivo, metaindividual (transindividual e difuso).

Ainda acerca da positivação do direito à saúde na Carta Democrática brasileira, é de se ressaltar o que dispõe o art. 197: “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” Assim, o atendimento à saúde reclama serviços e ações de prevenção, tratamento e recuperação, em termos individualizados, o que requer a intervenção legislativa que os regulamente, fiscalize e controle. Tal como ocorreu com a edição da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90).

Prevê, ainda, o art. 198/CF: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:...”. Os serviços e as ações de saúde pública dão-se por um Sistema Único de Saúde – SUS, mantido pelo Poder Público. Os incisos e parágrafos do artigo

198 tratam da descentralização dos serviços de saúde, do atendimento integral, da participação da comunidade nos serviços e ações voltadas ao atendimento da saúde e do seu financiamento (cfr. art.195).

O artigo 199 e seus parágrafos dispõem acerca da liberdade conferida à iniciativa privada para, de forma complementar, participar do sistema único de saúde, por meio de contrato de direito público ou convênio, seguindo as diretrizes do SUS, proibindo a ela auxílios e subvenções, como também vedando a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo expressa disposição legal. O artigo 200, caput, estabelece a competência e atribuições do SUS – Sistema Único de Saúde, remetendo a sua disciplina à lei, nos termos dos artigos 23, II e 24, XII, todos da Constituição Federal¹⁷.

Como bem observa INGO SARLET, é nos arts. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional¹⁸. Entretanto, como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, o direito à saúde tem sido considerado, no nosso ordenamento jurídico, como dependente de intermediação legislativa, negando-se-lhe a natureza de norma de eficácia plena. Remanesce, assim, a questão da exigibilidade perante o Estado de tais prestações materiais, isto é, se vinculam juridicamente os poderes públicos – e, portanto, se são ou não sindicáveis judicialmente.

Especificamente no que respeita ao direito à saúde, constitui exigência de um Estado democrático, que inclui valores essenciais como a dignidade

¹⁷ Eis o arcabouço normativo-constitucional da proteção jurídica do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque ainda para o art. 5º, § 1º, já referido e a regra inserida pela Emenda Constitucional n. 41/03, que preceitua: “Art 5º - (...) § 3º- Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

¹⁸ Ingo W. Sarlet. In: op. cit., p. 301.

humana, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais, ainda que no nível de um mínimo vital, para a proteção da vida humana, diretamente deduzido da Constituição.

Reconhece-se, por outro lado, que mesmo tendo o cidadão um direito a prestações existenciais mínimas, decorrentes do direito à vida, não se pode impor ao poder público o modo de realizar este direito, porquanto os órgãos estatais dispõem de um indispensável espaço de discricionariedade, que, no entanto, não é absoluto, condicionado que está à realização do núcleo essencial do direito fundamental positivado.

Contudo, assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna é objetivo comum dos direitos fundamentais sociais, daí a íntima vinculação entre os direitos à saúde e o direito à vida, e ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que este constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CF) e, bem assim, fim da ordem econômica (art. 170, caput).

Entretanto, as normas consagradoras de direitos sociais ainda são, para grande parte da doutrina, normas programáticas, que veiculam programas constitucionais de atuação dos poderes públicos dependentes de providências integrativas. Todavia, toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima eficácia. Todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia (eficácia negativa, derogatória), variável de acordo com seu grau de densidade normativa e nessa medida, direta e imediatamente aplicáveis. É nesse ponto que releva destacar, que a Carta Federal de 1988, de forma inovadora, dispôs em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Dessa forma, a aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental desloca a doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais”. Contrapõe-se à doutrina que defende a dependência legal (por meio da *interpositio legislatoris*) dos direitos fundamentais que pressupõem prestações do Estado, concebendo-os como *leges imperfectae*,

posicionando-os como problema de competência constitucional, atribuindo ao legislador, respeitadas as condições orçamentárias, garantir as prestações sociais.

Como vimos acima, é notadamente a forma de positivação dos direitos fundamentais sociais no texto constitucional que confere a tais normas sua densidade normativa, sendo que, de acordo com as técnicas de positivação, decorrem posições jurídicas distintas. Com isso, a sua carga eficaz está diretamente vinculada a sua positivação jurídico-constitucional, dentre as possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais: como normas programáticas, como normas de organização, como garantia institucional e como direitos subjetivos públicos.

Diante do princípio da aplicabilidade imediata inscrito no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, poder-se-ia advogar a tese da eficácia plena de todas as normas de direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, como o fazem os que propugnam a inexistência em nossa Constituição de normas programáticas. Entretanto, isso equivaleria a tornar dispensáveis – e até mesmo inaplicáveis à espécie os institutos de cunho jurídico-processual (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão)¹⁹.

Diante disso, é plausível concluir que o art. 5º, § 1º, CF, contém um postulado de otimização das normas consagradoras dos direitos fundamentais, inclusive, dos direitos sociais – neles compreendido o direito fundamental à saúde – impondo aos Poderes Públicos a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, vinculando-os. Assim, a vinculatividade normativo-constitucional dos direitos fundamentais sociais impõe aos poderes públicos a realização destes direitos por meio de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas²⁰.

¹⁹ Ingo W. Sarlet, In: *A Eficácia ...*, p. 244.

²⁰ J.J. Gomes Canotilho in *Direito Constitucional ...*, p. 471. A vinculação do legislador, juízes e administração aos direitos fundamentais, no direito português decorre diretamente de regra constitucional (art. 18/1, CP).

No Brasil, na ausência de norma expressa, pode-se asseverar, que a vinculatividade da Administração Pública aos direitos fundamentais, inclusive sociais, decorre da própria regra que determina sua aplicação imediata (art. 5º, § 1º), assumindo a função de reforçar o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais (reforço da eficácia vinculante), que ressalta o dever específico dos poderes públicos de respeitar e promover os direitos fundamentais, tomando-as como parâmetro na concretização de tais direitos.

No que concerne ao âmbito da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, especialmente no que respeita aos direitos sociais – com destaque para o direito fundamental à saúde – há que atentar para a imposição constitucional a ele dirigida, de concretização de tais direitos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão decorrente da inércia (total ou parcial).

Destarte, o Poder Executivo e todos os órgãos da Administração Pública encontram-se vinculados aos direitos sociais, em decorrência do princípio da máxima eficácia plasmado no art. 5º § 1º o que significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais²¹.

Alerta ainda, Ingo Sarlet, que os Tribunais, como órgãos do Estado, estão submetidos à Constituição, devendo respeitar os direitos fundamentais, quer no processo, quer no conteúdo de suas decisões, assumindo especial relevância a função do controle de constitucionalidade dos atos dos órgãos estatais, o que lhes confere o poder/dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade.

²¹ Ingo W. Sarlet, In: *A Eficácia ...* p. 331.

Bem assim, é dever dos tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais e, ainda, de colmatar eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais²².

Todavia, ante o fato de os direitos fundamentais sociais (v.g. o direito à saúde) exigirem prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição e redistribuição, bem como à criação de bens materiais, põe-se em relevo sua dimensão econômica. O caráter prestacional dos direitos sociais assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica²³.

Assim, diante da questão econômica que envolve os direitos sociais, a doutrina e a jurisprudência alemãs condicionaram a efetivação dos direitos fundamentais sociais à “reserva do financeiramente possível”, tendo consignado a Corte Constitucional daquele país, no julgamento acerca de vagas nas universidades, que pretensões destinadas a criar os pressupostos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidos à reserva do possível²⁴.

Com efeito, a cláusula restritiva da reserva do possível constitui limite fático e jurídico à efetivação dos direitos sociais, apresentando-se sob duas faces: por um lado, o Estado possui uma capacidade limitada de recursos materiais disponíveis e, por outro lado, deve ter a capacidade jurídica de dispor dos recursos existentes.

Para além da existência dos meios materiais efetivos e do poder de sua disposição, a pretensão deve ser razoável, e o que constitui o razoável numa

²² Cfr. Ingo Sarlet, In: *A Eficácia ...* p. 335.

²³ Cfr. Ingo W. Sarlet, In: *A Eficácia ...* pp. 263-4.

²⁴ Gilmar Ferreira Mendes, In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998, pp. 43-4.

pretensão que reclama prestação material, está diretamente relacionado à afetação material dos recursos, o que requer uma opção, que em derradeira análise cabe ao legislador e ainda ao administrador, por meio da opção de políticas públicas.

Entretanto, ao deixar à competência do legislador ordinário a opção quanto à escolha e direcionamento da destinação dos recursos materiais no que respeita aos direitos sociais, pode-se incorrer no risco de sua não concretização pela escassez dos recursos. De outra face, outorgá-la ao Poder Executivo, concedendo-lhe o poder amplamente discricionário de deixar de concretizar o direito social alegando impedimento de ordem financeira, não se afigura adequado. Ao Judiciário, todavia, a doutrina mostra reservas quanto a conferir-lhe o poder de remanejar verbas públicas.

Vê-se, pois, que os argumentos que refletem a preocupação com a questão orçamentária como restrição à efetivação dos direitos sociais fundamentais, como o direito à saúde, choca-se com a garantia constitucional de proteção à vida e à dignidade humana. Assim, por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, há que se ter presente que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana.

Oportuno se afigura trazer à discussão o princípio da proibição de retrocesso²⁵, que visa impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas. A proibição do retrocesso social é princípio constitucional que decorre da democracia e do Estado Social e significa

²⁵ Acerca da proibição de retrocesso ver Ingo W. Sarlet, In: *A eficácia ...*, p. 275. Por todos: Canotilho, In: *Direito Constitucional...* pp. 320-1, para quem a proibição de retrocesso social decorre do princípio da democracia econômica e social, significando que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*.

que, os direitos sociais, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir uma garantia institucional não podendo ser eliminados ou reduzidos ao ponto de atingir o núcleo essencial do direito consagrado constitucionalmente. A liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no núcleo essencial já realizado, transformando o direito social, nessa medida, em direito de defesa, impondo ao Estado que se abstenha de atentar contra ele.

É cabível concluir que, independentemente da questão orçamentária, os direitos sociais constituem direitos fundamentais subjetivos vinculantes, oponíveis ao Estado e plenamente jurisdicizados, sendo que, para além de assegurarem o mínimo vital, representam a derradeira garantia da dignidade humana, em ordenamentos jurídicos que consagram um Estado de Direito Democrático, como o brasileiro.

Um indispensável olhar sobre a jurisprudência acerca do direito à saúde

O Poder Judiciário pátrio, como se infere dos julgados acerca do direito à saúde a seguir colacionados, evoluiu de uma posição inicial (desde o advento da Constituição Federal de 1988) mais conservadora²⁶ para posicionamentos mais progressistas, acolhedores dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos individuais, decorrentes das normas constitucionais inscritas nos artigos 6º e 196 da Carta Republicana, que

²⁶ Que consistem na exigência de preenchimento de requisitos impostos pela legislação que criou o SUS – Serviço Único de Saúde (Lei Orgânica da Saúde – Lei n.º 8.080, de 19/09/90) e por decretos e regulamentos que orientam o procedimento e atendimento ao serviço de saúde pública, evidenciando a exigência da intermediação legiferante e consequente observação das prescrições legais e normas infralegais.

asseguram o direito à saúde e impõem ao Poder Público um dever político-constitucional impostergável, que se negligenciado, em última ratio, afronta o próprio direito à vida. Confira-se

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – ESCLEROSE MÚLTIPLA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO – IMPETRANTE NÃO INTEGRADO AO SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.^{27 28} Todavia, de uma posição absolutamente conservadora, compreendendo as normas constitucionais veiculadoras do direito fundamental à saúde como normas de cunho meramente programáticos, os Juízes e Tribunais brasileiros passaram a posicionar-se de forma extremada, impondo aos poderes públicos das três esferas republicanas os mais variados ônus financeiros, consistentes v.g. na dispensação de medicamentos de altíssimo custo e eficácia muitas vezes não comprovada, ou ainda, no fornecimento de próteses e tratamentos médicos financeiramente exorbitantes, mesmo à vista de similares economicamente mais baixos e, portanto, mais viáveis, em detrimento da execução de programas de assistência à saúde e prevenção de doenças de caráter mais abrangente e urgente. Veja-se:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO (INTERFERON BETA). PORTADORES DE ESCLEROSE MÚLTIPLA. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE (CF. ARTS. 6º E 196) PRECEDENTES DO STJ E STF*²⁹.

²⁷ No mesmo sentido, os seguintes julgados: TJ/PR, MS n.º 070.086.100, Des. Rel. Ivan Bortoleto, Dj de 05/08/1999. No mesmo sentido: TJ/PR MS n.º 067.579.600, MS n.º 074.853.800, MS n.º 069.321.800.

²⁸ Essa decisão foi reformada pelo STJ, no RMS n. 11.129/PR.

²⁹ STJ, RMS n.º 11.129/PR, Min Rel. Francisco Peçanha Martins, Dj de 18/02/2002.

EMENTA: CONSTITUCIONAL – DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E À VIDA – PORTADOR DE HIPERTENSÃO PULMONAR PRIMÁRIA DE GRAU SEVERO – DOENÇA GRAVE – FORNECIMENTO DE SILDENAFIL (VIAGRA) E ILOPROST (ILOMEDINE) – DEVER DO ESTADO – AUTORIZAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – REGISTRO DO MEDICAMENTO PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE – IRRELEVÂNCIA – TERAPIA CONVENCIONAL SEM PERSPECTIVA DE SOBREVIDA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO – JUSTO RECEIO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA, CONFIRMANDO A LIMINAR DEFERIDA.”³⁰

Predomina nos julgamentos acima ementados, o entendimento acerca da ilegalidade das exigências dos Poderes Públicos ao cumprimento de formalidades burocráticas que impeçam a proteção dos direitos fundamentais à vida (art. 5º, caput, CF/88) e à saúde (arts. 6º e 196, CF/88), com fundamento no Estado Democrático e nos princípios informadores do ordenamento jurídico, pena de ofensa ao princípio da dignidade humana.

Todavia, uma tal imposição indiscriminada de ônus financeiros de altíssima monta – que consiste na dispensação de medicamento caros, no fornecimento de próteses com similares de menor custo ou tratamentos no exterior – não raras vezes sem comprovação de eficácia terapêutica, com a consequente redução de recursos financeiros para a execução de políticas públicas de saúde mais amplas e indispensáveis, estava levando as administrações públicas a sofrerem a inversão do risco de lesão à saúde e à ordem pública, na medida em que os recursos públicos são finitos e as receitas e despesas públicas estão previamente orientadas pelas leis orçamentárias respectivas, sem olvidar a incidência do princípio da legalidade restrita a que se subordinam os administradores públicos.

³⁰ Na mesma direção, as seguintes decisões: TJ/PR, MS n.º 137.626.300, Des. Rel. Luiz Cezar de Oliveira, Dj de 15/05/2003. No mesmo sentido: TJ/PR MS n.º 127.201.300, MS n.º 146.245.700, MS n.º 149.645.900, STJ RESP 430.526, RESP 325.337.

A partir disso, constata-se nova alteração no posicionamento jurisprudencial, que mais atualmente³¹ parece ter encontrado um “caminho do meio”, abandonando a concessão indiscriminada e irrazoável de prestações materiais que envolvem o direito à saúde, para adotar uma postura que, ao tempo em que reconhece no direito à saúde um direito fundamental social, não o compreende mais como apenas um direito individual, mas prestigia sua dimensão subjetiva pública, portanto, direito de todos e de cada um, porém, rendendo-se à evidência de que compete à Administração Pública, por meio de aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população; e que, ainda, a racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente visam atingir o maior número possível de beneficiários; sendo finalmente que as diretrizes da política social e econômica traçadas pelo Estado têm por objetivo assistir a saúde de toda a população.

³¹ “ADMINISTRATIVO. RETINOSE PIGMENTAR. TRATAMENTO MÉDICO EM CUBA. EFICÁCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DO DIAGNÓSTICO DA PATOLOGIA E EFICÁCIA DO TRATAMENTO EM CUBA 1. O rito especialíssimo do mandado de segurança não comporta a realização de perícia técnica apta a comprovar o diagnóstico da patologia e a eficácia do tratamento realizado em Cuba. 2. Produção comprobatória que se justifica em face de manifestação do Conselho Brasileiro de Oftalmologia e do Presidente da Fundação Brasileira de Reabilitação Visual asseverando a inexistência, na literatura médica, de comprovação científica que abone a terapia adotada em Cuba para combater a retinose pigmentar, bem como, a possibilidade do tratamento almejado ser realizado aqui no Brasil. 3. Definidas pela Administração as metas prioritárias na área de saúde pública, dentro do âmbito da discricionariedade de que dispõe e sem ofensa aos limites legais e constitucionais, não cabe ao Judiciário perquirir os critérios adotados, tampouco substituí-los. Daí porque, na espécie, não padece de ilegalidade a Portaria n.º 763, de 07.04.1994, editada pelo Ministério da Saúde, que proibiu o custeio de tratamento médico no exterior por conta do Estado. 4. Apelação e remessa oficial providas” (TRF 1.ª Região, MS n.º 8.895/DF. Dj de 22/10/2003).

É precisamente o que se constata em decisão do presidente do Superior Tribunal de Justiça, confirmada pela Corte Especial:^{32 33}

Ao tomar conhecimento da situação de saúde de Paulo Sérgio Zabel, paciente do SUS, que teve o seu pedido de fornecimento de prótese de esfíncter artificial negado pela Secretaria Municipal de Saúde, por não se encontrar na listagem oficial do Ministério da Saúde, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública contra a União, o Estado de Santa Catarina e o Município de Jaraguá do Sul-SC, com pedido de antecipação de tutela para assegurar a qualquer paciente o efetivo fornecimento de prótese devidamente preceituada por médico. (...)

Em contexto mais abrangente, ressaltou que tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional pertinente asseguram a todos o direito à saúde, sendo dever do Estado garanti-la.

O Juiz de 1º grau concedeu a tutela antecipada para garantir aos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS em Jaraguá do Sul-SC o recebimento de prótese devidamente prescrita, independentemente de constarem da lista oficial do Ministério da Saúde, bem como intervenção cirúrgica e materiais necessários, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A União interpôs Agravo de Instrumento e formulou pedido de Suspensão de Tutela Antecipada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sem sucesso, razão pela qual foi providenciado este novo Pedido de Suspensão.

³² Decisão confirmada pela Corte Especial do STJ, nos autos de STA n. 81, conforme noticiado no site http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=14473.

³³ Confira-se ainda a seguinte decisão: STJ, RESP 616.460/DF, Min. Rel. Teori Albino Zavascki, Dj de 21/03/2005. “(...) Entretanto, que elementos temos no mandado de segurança para duvidar do ato da autoridade que diz que o tratamento pretendido não é recomendável cientificamente? Que autoridade, nós, juízes, temos para duvidar disso? Não vejo como não considerar legítima a opção do administrador, ainda mais fundada no parecer. Ponhamo-nos no papel de quem tem o dever técnico de administrar a escassez de recursos num País pobre como o nosso, e de fazer as opções políticas para dar-lhes destinação. Portanto, não há como ter presente, no caso, direito líquido e certo a obter do Estado a liberação de vultuosa quantia necessária ao atendimento individual da impetrante. Não há dúvida de que a saúde é um direito fundamental, mas, também é certo, não se trata de direito absoluto. (...)”

Mediante decisão de fls. 111/115, indeferi o pedido.

Daí a interposição deste Agravo Interno pela União.

Afirma que a determinação para o fornecimento de medicamentos não constantes da listagem oficial de forma genérica e indiscriminada implica invasão na esfera de competência da Administração Pública, na medida em que anula os critérios direcionadores das políticas públicas que visam à saúde de toda a população.

O Estado, segundo aduz, no exercício do seu dever constitucional, não tem em vista as necessidades clínicas isoladas, mas sim o contexto geral, atrelado às políticas sociais e econômicas. Pelo que, sustentando flagrante potencial lesivo na decisão liminar à ordem e à saúde públicas, pede a reconsideração da decisão de fls. 111/115, a fim de que seja determinada a suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2003.04.01.042893-9 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Decido. Após uma análise mais detida do caso, com os novos argumentos trazidos pela agravante, consigno presentes os pressupostos autorizadores do pedido de suspensão. Com efeito, compete à Administração Pública, através da aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população no País, buscando garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias. Tal atividade envolve uma gama de procedimentos técnicos e de caráter oficial, inerentes à política nacional de saúde e realizados por diversos órgãos governamentais, objetivando restringir a possibilidade de riscos graves aos pacientes e, sempre que viável, uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de que seja atingido o maior número possível de beneficiários.

Dessa forma, a decisão liminar reclamada, a meu sentir, efetivamente afronta a ordem administrativa, na medida em que interfere em matéria de política nacional de saúde, de seara exclusiva da Administração Pública.

Por outro lado, também tenho por configurada a potencialidade lesiva à própria saúde pública, uma vez que a liminar privilegia os pacientes necessitados do fornecimento indiscriminado de prótese e de cirurgia para esse fim, podendo inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente.

Nesse sentido, inclusive, já me pronunciei por ocasião do julgamento do STA/59, em sessão realizada pela Corte Especial em 25.10.2004. Eis a Ementa do julgado (disponível no site do STJ, Ato nº 135/2004) “SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAÇÃO. DECISÃO GENÉRICA. SAÚDE PÚBLICA. LESÃO RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL.

1. A imposição do fornecimento gratuito, aleatório e eventual de medicação não especificada ou sequer discriminada tem potencial suficiente para inviabilizar o aparelho de aquisição e distribuição de medicamentos à população carente e, por isso, o próprio sistema de saúde pública. 2. Agravo Regimental não provido.”

Posto isso, reconsidero a decisão de fls. 111/115, para suspender os efeitos da decisão proferida na Ação Civil Pública nº 2003.72.09.00197-8/SC, em trâmite no juízo da 1ª Vara da Justiça Federal de Jaraguá do Sul-SC.

Considerações finais

A dogmática constitucional contemporânea classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações – de natureza fática e jurídica. Os direitos fundamentais prestacionais, por sua vez, dividem-se em direitos a prestações em sentido amplo – direitos de proteção e direitos à participação na organização e procedimento – e os direitos a prestações em sentido estrito, ou direitos fundamentais sociais (direitos a prestações materiais sociais).

Os direitos fundamentais de defesa são próprios do Estado Liberal de Direito e exigem uma abstenção estatal, ou seja, sua não intervenção na esfera dos direitos de liberdade dos cidadãos; e os direitos fundamentais de ação ou a prestações exigem ações dos poderes públicos, consistentes em prestações fáticas ou jurídicas e são direitos próprios do Estado de Direito Democrático e Social.

Inobstante a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa, de omissão estatal (liberdade abstrata) e os direitos fundamentais prestacionais, que impõem a atuação estatal, a fim de se assegurar a igualdade de condições ao livre desenvolvimento da personalidade humana (liberdade real), há uma nítida interpenetração dos direitos fundamentais³⁴.

³⁴ Cfr. HESSE, K. In: *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 235: “Como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito. Em uma ordem liberal constitucional são necessários tais direitos de defesa, porque também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso de poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiça.”

Os direitos fundamentais são a um só tempo direito objetivo e direito subjetivo, destacando, portanto, seu duplo caráter. São direitos subjetivos porque garantem um direito individual e impõem um dever estatal de assegurá-los. São direitos objetivos porque integram o ordenamento jurídico objetivo da coletividade.

Assim, a doutrina aponta para o duplo caráter dos direitos fundamentais, concebendo-os a um só tempo como direitos subjetivos – aptos a outorgar aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos públicos – e como direitos objetivos – como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, formadores da base do ordenamento jurídico do Estado de Direito democrático e pertencentes a toda a coletividade³⁵.

Os direitos prestacionais ou direitos a ações positivas do Estado compreendem as prestações em sentido amplo – os direitos à proteção e os direitos à organização e procedimento –, e os direitos à prestação em sentido estrito ou propriamente os direitos fundamentais sociais.

Aos direitos a prestações correspondem, portanto, posições jurídicas fundamentais distintas, conforme o seu objeto, podendo-se classificá-los em direitos a prestações jurídicas ou normativas e direitos a prestações fáticas ou materiais. Com isso, os direitos prestacionais não se restringem a prestações materiais, mas integram também direitos de proteção a posições jurídicas do cidadão em face do Estado, assim como direitos de participação na organização e procedimentos dos direitos fundamentais.

³⁵ Cfr. HESSE, K. In: *Elementos de Direito Constitucional ...*, p. 228; “Por um lado eles são direitos subjetivos, direito do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito..., mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida... Por outro, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição.”

Os direitos a prestações em sentido amplo, que englobam os direitos de proteção e de participação na organização e procedimento, reportam-se ao Estado de Direito de matriz liberal na condição de garantes da liberdade e igualdade na sua dimensão defensiva.

A existência de direitos a prestações em sentido estrito são típicos direitos do Estado Social e importam na sua atuação no sentido da criação, fornecimento e distribuição de prestações materiais, constituindo-se naqueles direitos fundamentais a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de particulares³⁶. São os denominados direitos fundamentais sociais.

Assim como ocorre com os direitos de defesa e os direitos a prestações, há uma íntima interpenetração entre os direitos a prestações em sentido amplo e em sentido restrito, bem assim em torno de sua igual dignidade como direitos fundamentais³⁷.

Os direitos à proteção destinam-se a proteger posições jurídicas fundamentais do indivíduo contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais. Decorre do direito à proteção que o Estado tem a obrigação de adotar medidas positivas com vistas a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais dos indivíduos, em face inclusive do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, até mesmo de forma preventiva.

Os direitos fundamentais são, em alguma medida, dependentes da organização e do procedimento para sua realização, bem como podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos servindo, para além disso, como

³⁶ Cfr. ALEXY, R. In: *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Estudios de Derechos. Constitucionales, Madrid, 1997, p. 482 (tradução livre).

³⁷ Cfr. SARLET, I. In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997 p. 195.

diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, e assim, como garantias procedimentais. Em sentido estrito, os direitos à organização e ao procedimento asseguram ao indivíduo que o legislador dite normas de organização conformes ao direito fundamental e facilite procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal.

Nesse contexto, como bem reconhece a doutrina, para a garantia do acesso aos bens sociais é indispensável a preexistência de instituições, esquemas organizacionais e procedimentais que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais.

Diversamente do que se dá no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a Lei Fundamental de Bonn – ao contrário também das Constituições dos Estados-federados alemães – é cautelosa na formulação dos direitos a prestações, só explicitando um direito fundamental social no sentido de direito subjetivo à prestação para o direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade (art. 6º, § 4, LF), por isso, eles têm que ser deduzidos de outras disposições jusfundamentais. Isso porque, tanto do ponto de vista de seu texto como de sua gênese, a Lei Fundamental alemã tem primariamente o caráter de uma Constituição liberal e de Estado de Direito voltada para os direitos de defesa.

Para o juspublicista ALEXY, os direitos fundamentais são posições jurídicas tão importantes, que a outorga (ou não outorga) não pode ficar livremente franqueada à disposição parlamentar. E, portanto, a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui definitivamente é uma questão basicamente de ponderação entre princípios, de um lado o princípio da liberdade fática, de outro, os princípios formais de competência do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes e, ainda, princípios materiais que, sobretudo, refiram-se à liberdade jurídica de outros e também a outros direitos fundamentais sociais e a bens coletivos³⁸.

³⁸ ALEXY, R. In: *Teoria de los Derechos Fundamentales...*, p. 494.

No resultado dessa ponderação entre princípios deverão estar presentes condições que assegurem e satisfaçam direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, direito a um mínimo vital, que garantam v.g. uma moradia digna, a educação escolar, a formação profissional e um padrão mínimo de assistência médica.

A propriedade de direito subjetivo vinculante *prima facie* dos direitos sociais fundamentais significa que, para além do “caráter programático”³⁹ desses direitos, a sua cláusula restritiva, qual seja, a reserva do possível – aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não tem como consequência a ineficácia do direito e sim tal cláusula expressa a necessidade de ponderação desse direito.

Os direitos a prestações em sentido estrito são direitos do particular a obter por meio do Estado bens sociais (saúde, educação, segurança social), que não os pode obter no comércio privado, seja pela escassez dos seus recursos financeiros, seja por resposta insatisfatória do mercado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado). São direitos sociais, indistintamente, todos aqueles que dependem da providência estatal, ou seja, da ação positiva do Estado, a quem cabe assegurar prestações existenciais dos cidadãos.

Convergem os direitos fundamentais sociais para a associação de três níveis nucleares: (i) direitos sociais originários – se os particulares podem obter diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais; (ii) direitos sociais derivados – que se reconduzem ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais sociais, sob pena de omissão inconstitucional, e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex: prestações médicas e

³⁹ Não meramente programáticos no sentido de destituídos de eficácia jurídica e sim, referente aos programas e às políticas públicas de que dependem os direitos fundamentais sociais para sua efetivação.

hospitales existentes); (iii) a dimensão objetiva – ou vinculatividade jurídica das normas consagradoras de direitos fundamentais, obrigando os poderes públicos, independentemente de direitos subjetivos, a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições (ex: hospitais), serviços (ex: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações sociais⁴⁰.

Com base nos acórdãos n.º 39/84 e n.º 101/92 proferidos pelo Tribunal Constitucional português, os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas. Assim, o direito à segurança social, o direito à saúde, são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas incrustradas no âmbito de proteção destes direitos.

Com fundamento ainda no acórdão n.º 39/84, do Tribunal Constitucional português, referente à extinção legal do Serviço Nacional de Saúde de Portugal, revela-se a força jurídico-constitucional dos direitos sociais (i) os direitos fundamentais sociais consagrados constitucionalmente dispõem de vinculatividade normativo-constitucional, não são, portanto, meros “programas” ou linhas de direção política”; (ii) as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controlo judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas

⁴⁰ Em outro contexto STARCK, C. In: *Jurisdição Constitucional e Tribunais Comuns*, Anuário Português de Direito Constitucional, vol. IV/2004/2005, Coimbra, janeiro de 2008, pp. 24 e 28, fala em re-subjetivação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: “quando o juiz ignora o conteúdo da norma que consagra o direito fundamental, não só atenta contra o direito constitucional objetivo, como, com a sua sentença, lesa, enquanto titular do poder público, o direito fundamental cuja observância por parte também do poder judicial o cidadão tem a faculdade jurídico-constitucional de exigir. Opera-se assim uma mutação, que não se fundamenta com maior detalhe, da decisão valorativa, jurídico-objetiva, contida nos direitos fundamentais, numa pretensão jurídico-subjetiva”.

legais ou regulamentares restritivas destes direitos; (iii) as normas de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar a inconstitucionalidade por omissão; (iv) as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização destes direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstratas; (v) a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não está à livre disponibilidade do legislador, inobstante sua liberdade de conformação, quer quanto às soluções normativas concretas, quer quanto ao modo de organização e ritmo de concretização⁴¹.

Considera-se, ainda, que os direitos de defesa são insuficientes para assegurar a liberdade real, que depende de ações positivas do Estado, de intervenção e não de abstenção, pois, cuida-se, não só de ter liberdade em relação ao Estado, mas de desfrutar dessa liberdade por meio das prestações advindas do Estado.

Cuida, assim, a contemporânea dogmática dos direitos fundamentais sociais, da possibilidade de o Estado obrigar-se à criação dos pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade do titular do direito impor sua pretensão a prestações em face do Estado. É ponto nuclear da teoria dos direitos fundamentais do Estado Social – que pretende superar o choque entre liberdade jurídica e liberdade real – que os direitos fundamentais não têm só um caráter delimitador negativo, mas também, o caráter de facilitador de prestações sociais pelo Estado, cabendo a este buscar os meios de criar os pressupostos sociais necessários para a realização desses direitos fundamentais e favorecê-los.

⁴¹ CANOTILHO, J. J.; GOMES, In: *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

Também, os direitos fundamentais sociais visam assegurar, mediante prestações materiais a compensação das desigualdades sociais, proporcionando o exercício de liberdade e igualdade reais e efetivas, o que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada⁴².

Vê-se também no Preâmbulo da Constituição Federal e em seu art. 3.º, inc. III, que os direitos sociais prestacionais encontram-se intimamente vinculados às funções do Estado na sua expressão como Estado Social, que deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes, a fim de reduzir as desigualdades sociais. Da mesma forma, Portugal instituiu um Estado Social Democrático com a Constituição de 1976.

Os direitos fundamentais a prestações *stricto sensu* comportam os direitos fundamentais sociais propriamente ditos, ou seja, direitos a prestações fáticas, que se reconduzem ao que JELLINEK denomina de *status positivus socialis* dos indivíduos. Entretanto, os direitos fundamentais sociais não se restringem à dimensão prestacional, abrangendo também as liberdades sociais (v.g. direito de greve e de liberdade sindical), que se reportam a um status *negativus socialis* ou status *libertatis socialis*⁴³.

A doutrina reconhece o caráter complementar entre os direitos de defesa e os direitos sociais a prestações materiais, rechaçando qualquer dualidade ou dicotomia entre eles, além de atribuir a mesma dignidade a ambas as categorias (ou dimensões) dos direitos fundamentais⁴⁴. Entretanto, reafirma suas distinções, que se revelam para além de seu objeto – abstenção

⁴² SARLET, I. In: *A Eficácia ...*, p. 202.

⁴³ Ver em MIRANDA, J. In: *Manual de direito Constitucional*, v. IV, Coimbra, 2000.

⁴⁴ Cfr. MIRANDA, J. In: *Manual de Direito Constitucional*, v. IV, Coimbra, 2000.

ou ação estatal – na esfera da densidade normativa e da eficácia das normas que os consagram e que deságuam, principalmente, no problema central do reconhecimento de um direito individual subjetivo a prestações materiais.

Os direitos fundamentais a prestações podem ser concebidos como direitos originais e direitos derivados a prestações. Aqueles são definidos como posições jurídicas que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que consagram direitos sociais, independentemente da atuação legislativa. Estes dependem da prévia existência de um sistema legal de prestações estatais e se caracterizam como direitos de igual acesso a elas.

O conteúdo da prestação não pode ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, dada a especificidade de cada direito fundamental prestacional. Saliente-se, também que cada direito social prestacional apresenta um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia etc.). É a forma de positivação no texto constitucional das diferentes espécies de prestações que efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais, bem como a sua conformação pelo legislador.

Assim, somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. Em geral, os direitos sociais prestacionais são dependentes de intermediação legislativa, negando-se-lhe a natureza de norma de eficácia plena. Explica-se, assim, a recorrente questão da exigibilidade perante o Estado de tais prestações materiais, isto é, se estão vinculadas juridicamente ou não – e, portanto, se são ou não sindicáveis judicialmente independentemente de interposição legislativa.

Por outro lado, o atributo social do direito determina, de maneira objetiva, a obrigação ao Estado de assegurar aos indivíduos um conjunto de regras de proteção e atendimento que possibilite a plena realização da condição humana. Saliente-se, também, que o constituinte adotando uma

visão moderna da função do Estado, procurou assegurar direitos básicos inerentes à dignidade humana, com o que os indivíduos passaram a ser titulares de uma espécie de crédito junto ao Estado, que lhes é devedor de determinadas prestações sociais.

Não se pode olvidar, que constitui exigência de um Estado Democrático, que inclui valores essenciais como a dignidade humana, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais, ainda que no nível de um mínimo vital, para a proteção da vida humana, diretamente deduzido da Constituição.

Por outro prisma, mesmo tendo o cidadão um direito a prestações existenciais mínimas, decorrente do direito à vida, não significa impor ao poder público o modo de realizar este direito, porquanto os órgãos estatais dispõem de um indispensável espaço de discricionariedade, que, no entanto, não é absoluto, condicionado que está à realização do núcleo ou conteúdo essencial do direito fundamental positivado.

Assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna é objetivo comum dos direitos fundamentais sociais, daí a íntima vinculação entre os direitos fundamentais sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, aliás, constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CF) e também fim da ordem econômica (art. 170, caput). É, ainda, princípio fundamental da República portuguesa, a teor do art. 1º, CRP.

Alguns direitos sociais em muitos casos são consagrados em normas programáticas, que veiculam programas constitucionais de atuação dos poderes públicos dependentes de providências integrativas.

Contudo, isso não lhes retira a eficácia, já que toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima eficácia. Já é consenso doutrinário que as normas constitucionais são dotadas de, ao menos, uma eficácia mínima (eficácia negativa, derogatória), variável de acordo com seu grau de densidade normativa e nessa medida, direta e imediatamente aplicáveis,

no sentido de impedir que o legislador aniquile o conteúdo social do direito fundamental.

Ao contrário da Constituição brasileira, que nenhuma diferenciação expressa de regime faz acerca dos direitos fundamentais (mas os positiva de forma diferenciada), a Carta portuguesa elegeu diferentes regimes para os direitos fundamentais. Assim, há que se distinguir entre o regime comum aplicável a todos os direitos fundamentais (direitos de liberdade e direitos sociais e quaisquer outros previstos na ordem jurídica portuguesa) e o regime específico dos direitos, liberdades e garantias por um lado e o regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais, por outro⁴⁵.

É nesse ponto que releva destacar, que a Carta Federal de 1988, de forma inovadora, dispôs em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. E a Carta portuguesa prescreve no seu art. 18º/1, que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

A aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental, desloca a doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais⁴⁶.” Contrapõe-se à doutrina que defende a dependência legal dos direitos

⁴⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, In: *Manual...* v. IV, p. 145-147: “nos regimes específicos distinguem-se: a) Regime material ou de fundo; b) Regime orgânico ou de competência; c) Regime de revisão constitucional”. Sendo que, há “ainda regras materiais próprias de apenas certos direitos, liberdades e garantias: os direitos, liberdade e garantias pessoais, segundo o art. 20.º, n. 5; os direitos, liberdades e garantias insusceptíveis de suspensão, conforme o art. 19.º, n. 6; e os direitos sujeitos aos poderes de regulação de órgãos independentes da Administração”.

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, Coimbra, 1998.

fundamentais que pressupõem prestações do Estado (interpositio legislatoris), concebendo-os como *leges imperfectae*, posicionando-os como problema de competência constitucional, atribuindo ao legislador, respeitadas as condições orçamentárias, garantir as prestações sociais.

É precisamente, como já se afirmou a forma de configuração dos direitos fundamentais sociais no texto constitucional que conferem a tais normas sua densidade normativa: de acordo com as técnicas de positivação decorrem posições jurídicas distintas. Com isso, a sua carga eficaz está diretamente vinculada a sua positivação jurídico-constitucional, dentre as possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais: como normas programáticas, como normas de organização, como garantia institucional e como direitos subjetivos.

Diante do princípio da aplicabilidade imediata insculpido no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, e também no artigo 18º/1, da Constituição da República Portuguesa, poder-se-ia advogar a tese da eficácia plena de todas as normas de direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, e ainda propugnar a inexistência em nossa Constituição de normas programáticas. Entretanto, isso equivaleria a tornar dispensáveis – e até mesmo inaplicáveis à espécie os institutos constitucionais de cunho jurídico-processual (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão)⁴⁷.

Diante disso, é plausível concluir que tanto o art. 5º, § 1º, CF, como o art. 18º/1, CRP, contêm um postulado de otimização das normas consagradoras dos direitos fundamentais, inclusive, dos direitos sociais impondo aos Poderes Públicos a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.

⁴⁷ SARLET, I. In: *A Eficácia ...*, p. 244.

De outro vértice, a vinculatividade normativo-constitucional dos direitos fundamentais sociais impõe aos poderes públicos a realização destes direitos por meio de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas⁴⁸. A vinculação do legislador, juízes e administração aos direitos fundamentais, no direito português, decorre diretamente de regra constitucional (art. 18º/1, CP).

No Brasil, à ausência de norma expressa, pode-se asseverar que a vinculatividade da Administração Pública aos direitos fundamentais, inclusive sociais, decorre da própria regra que determina sua aplicação imediata (art. 5º, § 1º), assumindo a função de reforçar o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais (reforço da eficácia vinculante)⁴⁹, que ressalta o dever específico dos poderes públicos de respeitar e promover os direitos fundamentais, tomando-as como parâmetro na concretização de tais direitos.

No âmbito da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, especialmente no que respeita aos direitos sociais, há que atentar para a imposição constitucional a ele dirigida, de concretização de tais direitos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão decorrente da inércia (total ou parcial).

Também o Poder Executivo e todos os órgãos da Administração Pública encontram-se vinculados aos direitos sociais, em decorrência do princípio da máxima eficácia insculpido no art. 5º, § 1º, o que significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais⁵⁰. A prescrição também encontra-se plasmada no art. 18º/1, CRP, como já se referiu acima.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, In: *Direito Constitucional ...*, p. 471.

⁴⁹ OTERO, P. In: *Instituições Políticas e Constitucionais*. Almedina, Coimbra, 2007.

⁵⁰ SARLET, I. In: *A Eficácia ...* p. 331.

Da mesma forma os Tribunais, como órgãos do Estado, estão submetidos à Constituição, devendo respeitar os direitos fundamentais, quer no processo, quer no conteúdo de suas decisões, assumindo especial relevância a função do controle de constitucionalidade dos atos dos órgãos estatais, o que lhe confere o poder/dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. Bem assim, é dever dos tribunais interpretar e aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais e, ainda, colmatar eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais.

Pelo fato de os direitos fundamentais sociais exigirem prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição e redistribuição, bem como à criação de bens materiais, põe-se em relevo sua dimensão econômica. O caráter prestacional dos direitos sociais assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica⁵¹.

Diante disso, a doutrina e a jurisprudência alemãs condicionaram a efetivação dos direitos fundamentais sociais à “reserva do financeiramente possível”, tendo consignado a Corte Constitucional daquele país, no julgamento acerca de vagas nas universidades, que pretensões destinadas a criar os pressupostos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível⁵².

A reserva do possível constitui limite fático e jurídico à efetivação dos direitos sociais, apresentando-se sob duas faces: por um lado, o Estado

⁵¹ Cfr. SARLET I. In: *A Eficácia...* p. 263-4.

⁵² MENDES, G. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998. p. 43-4.

possui uma capacidade limitada de recursos materiais disponíveis e, por outro lado, deve ter a capacidade jurídica de dispor dos recursos existentes.

Para além da existência dos meios materiais efetivos e do poder de sua disposição, a pretensão deve ser razoável, e o que constitui o razoável numa pretensão que reclama prestação material está diretamente relacionado à afetação material dos recursos, o que requer uma opção, que em derradeira análise cabe ao legislador.

Entretanto, ao deixar à competência do legislador ordinário a opção quanto à escolha e direcionamento da destinação dos recursos materiais no que respeita aos direitos sociais, pode-se incorrer no risco de sua não-concretização pela escassez dos recursos; também outorgá-la ao Poder Executivo concedendo-lhe o poder amplamente discricionário de deixar de concretizar o direito social alegando impedimento de ordem financeira, não se afigura adequado. Ao Judiciário, todavia, a doutrina mostra reservas quanto a conferir-lhe o poder de remanejar verbas públicas.

Os argumentos que refletem a preocupação com a questão orçamentária como restrição à efetivação dos direitos fundamentais sociais chocam-se com a garantia constitucional de proteção à vida e à dignidade humana. Assim, por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, venham a opor os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, há que se ter presente que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana de forma digna.

Também já se sublinhou que o princípio da proibição de retrocesso visa impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas. A proibição do retrocesso das posições jusfundamentais conquistadas legalmente é princípio constitucional que decorre da Democracia e do Estado Social e significa que os direitos sociais, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir uma garantia institucional não podendo ser eliminados ou reduzidos a ponto de atingir o

núcleo ou conteúdo essencial do direito consagrado constitucionalmente, sem a criação de esquemas alternativos compensatórios⁵³.

A liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no núcleo essencial do direito fundamental já realizado, transformando o direito social, nessa medida, em direito de defesa, impondo ao Estado que se abstenha de atentar contra ele⁵⁴.

À guisa de conclusão

(1) É possível concluir que, independentemente da questão orçamentária, os direitos sociais constituem direitos fundamentais subjetivos vinculantes, oponíveis ao Estado e plenamente jurisdicionados, sendo que, para além de assegurarem o mínimo vital, representam a derradeira garantia da dignidade humana, em ordenamentos jurídicos que consagram um Estado Democrático de Direito

(2) É preciso manter constante vigilância sobre a questão, para que o direito fundamental à saúde não perca as posições jurídicas já alcançadas,

⁵³ MIRANDA, J. In: *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 2000.

⁵⁴ E como alerta BARROSO, L. R. In: “A doutrina brasileira de efetividade”, *Temas de Direito Constitucional*, tomo III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p.71. “Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (...) e “há de se assentar sobre alguns pressupostos indispensáveis. É preciso que haja, da parte do constituinte, *senso de realidade*, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa *técnica legislativa*, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos e os bens jurídicos e condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público *vontade política*, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E por fim, é indispensável o consciente *exercício de cidadania*, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais”.

sob pena de ferir-se o princípio da proibição do retrocesso social, corolário do Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e objetivos fundamentais de realizar a justiça social e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I e III, *in fine*, CF).

(3) Assim, em decorrência dos direitos fundamentais à vida e à saúde (arts. 5º, caput, e 6º, CF), especialmente quanto a este último, que o constituinte garantiu como direito a todos e dever do Estado – mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação (art. 196), pela descentralização de ações e serviços públicos, determinada pela Carta Federal (art. 198) e efetivada pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) – que cabe aos Poderes Públicos, por seus agentes, a consecução de medidas que assegurem o cumprimento dos preceitos constitucionais, inclusive, por meio do fornecimento de próteses ou a dispensação de medicamentos indispensáveis ao tratamento médico, sob comprovação de eficácia terapêutica, prova da inexistência de produtos médicos similares de menor custo financeiro e, ainda, apenas pelo exato tempo realmente necessário para o tratamento.

(4) Em face da dimensão econômica do direito fundamental à saúde, que não merece ser olvidada, diante, ainda, do princípio da legalidade a que está submetido o administrador público, a teor do que dispõe a Carta Federal no art. 37, caput, e ainda, as disposições constitucionais que tratam das finanças públicas e que condicionam os gastos públicos à prévia existência da correspondente receita pública, nos moldes das leis orçamentárias, é possível concluir que a efetivação do direito fundamental à saúde depende da participação de todos os atores da cena social, para que as políticas públicas de saúde decorram de opções do administrador público e do legislador, tendo em vista critérios médico-científicos de absoluta seriedade e que possam atender a toda a população, sem perder de vista aquilo que é razoável exigir da sociedade, ou seja, que os recursos financeiros de saúde sejam aplicados, quando desbordarem de tais critérios,

mediante a comprovação da real carência de recursos financeiros, da efetiva necessidade da prestação material de saúde, bem como, da eficácia terapêutica do tratamento solicitado – administrativa ou judicialmente. Só assim, estar-se-á rendendo homenagem à democracia sanitária, com a consequente redução da complexidade da questão sanitária.

(5) Pode-se afirmar que a saúde no Estado Democrático brasileiro é direito de todos e dever estatal vinculante, não-só aos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), nas três esferas republicanas, como também aos particulares e a toda a sociedade, e, dada a complexidade da questão sanitária, sua efetivação (efetividade do direito à saúde) não comporta solução unívoca e sim, exige a participação e colaboração de todos os poderes públicos e de todos os cidadãos e, ainda, de toda a sociedade organizada e suas instituições, relevante ainda o papel do Poder Judiciário, especialmente no que respeita a assegurar o acesso às prestações materiais de saúde, por meio de tratamentos médicos de comprovada eficácia terapêutica às pessoas comprovadamente deles necessitadas, tudo em reverência ao bem jurídico maior – a vida e a existência humana digna – fundamento da Democracia.