

**CENTRO UNIVERSITÁRIO FLUMINENSE - UNIFLU  
FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS  
PROGRAMA DE MESTRADO EM POLÍTICAS PÚBLICAS E  
PROCESSO**

**LUÍS ARMANDO VIOLA**

**O DIREITO PRESTACIONAL SAÚDE E SUA PROTEÇÃO  
CONSTITUCIONAL**

**CAMPOS DOS GOYTACAZES – RJ  
2006**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

LUÍS ARMANDO VIOLA

**O DIREITO PRESTACIONAL SAÚDE E SUA PROTEÇÃO  
CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Campos, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito na área de concentração em Políticas Públicas e Processo.  
Orientador: Professor Doutor Maurício Jorge Pereira da Mota.

**CAMPOS DOS GOYTACAZES – RJ  
2006**

LUÍS ARMANDO VIOLA

## **O DIREITO PRESTACIONAL SAÚDE E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Campos, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito na área de concentração em Políticas Públicas e Processo.

Aprovada em: 11/12/2006

### **COMISSÃO EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota.  
Faculdade de Direito de Campos  
Orientador

---

Prof. Dr. Auner Pereira Carneiro

---

Prof. Dr. Luiz Eduardo Mota



Dedico este trabalho à minha linda e amada esposa, companheira de todas as horas, a quem agradeço pela paciência ou simplesmente por ouvir todas as minhas idéias e dúvidas que hoje estão solidificados neste trabalho.

“Bebida é água.  
Comida é pasto.  
Você tem sede de quê?  
Você tem fome de quê?  
A gente não quer só comer,  
A gente quer comer e quer fazer amor.  
A gente não quer só comer,  
A gente quer prazer para aliviar a dor.  
A gente não quer só dinheiro,  
A gente quer dinheiro e felicidade.  
A gente não quer só dinheiro.  
A gente quer inteiro e não pela metade”.  
(Comida, Arnaldo Antunes, Marcelo Fromer e Sérgio Brito)

## RESUMO

O presente estudo, utilizando-se de pesquisa doutrinária, enfoca o problema da efetividade social do direito prestacional “saúde” em sua positivação como norma constitucional programática, com relevo para temas e teorias correlatas ao estudo dos direitos fundamentais como a máxima efetividade, a caracterização do direito subjetivo sob o obstáculo da reserva do possível, e a composição não fechada do núcleo sindicável da dignidade humana. Para robustecer a conclusão, indicamos e comentamos decisões judiciais de Tribunais federais e Superiores que dão prevalência ao direito à saúde, mesmo sob critérios seletivos de atendimento e fruição.

Palavras-chave: efetividade social, direito prestacional, saúde, norma constitucional programática, direitos fundamentais, direito subjetivo, reserva do possível, dignidade humana.



## **ABSTRACT**

The present study, using doctrine search, focus the problem of the social effective of law installment “health” in its position as constitutional rule plan, with importance for subject and similar theories similar to the study of fundamental law as effective maxim, the characterization of the subjective law under the obstacle of the reserve of the possible and the composition not included on the nucleus practice of the human dignity. According to the conclusion, we indicate and comment lawsuit from Federal and Superior Court that give prevail to health law, even under selected criterion of serve and immediate use.

Keywords: social effective, installment law, health, plan constitutional rule, fundamental law, subjective law, reserve of the possible, human dignity.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS.</b> .....	9
I.1 DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. ....	9
I.2 AS CONSTITUIÇÕES E O CONSTITUCIONALISMO. ....	12
<b>CAPÍTULO II – DIREITOS PRESTACIONAIS E NORMAS CONSTITUCIONAIS.</b> .....	19
II.1 DIREITOS PRESTACIONAIS SOCIAIS. ....	19
II.2 DIREITOS DE 2ª DIMENSÃO. ....	27
II.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS: POSITIVOS E NEGATIVOS. ....	34
II.4 DIREITOS SUBJETIVOS PRESTACIONAIS. ....	40
II.5. NORMAS CONSTITUCIONAIS. ....	47
II.5.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS. ....	52
<b>CAPÍTULO III – A SAÚDE PÚBLICA.</b> .....	68
III.1 DIREITO SOCIAL SAÚDE. ....	68
III.2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SUBJETIVO. ....	72
III.3 ACESSO UNIVERSAL À SAÚDE E RESERVA DO POSSÍVEL. ....	75
III.4 MÍNIMO EXISTENCIAL E VIDA COM DIGNIDADE. ....	81
III.5 O DIREITO À SAÚDE E SUA PROTEÇÃO JUDICIAL. ....	91
<b>CONCLUSÃO</b> .....	100
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	103

## INTRODUÇÃO

O trabalho destina-se a tratar dos direitos prestacionais sociais, destacando-se a saúde pública, com enfrentamento de problemas relacionados à efetividade social dos dispositivos constitucionais que consagram a saúde como dever do Estado, a caracterização contemporânea dos direitos subjetivos, o custo dos direitos e a programaticidade do conteúdo das normas de direitos sociais.

Inicia-se pela adesão a distinção conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais e sua colocação nas constituições contemporâneas, fruto de concepções políticas, sociológicas e jurídicas, conforme debate travado entre Ferdinand Lassale, Konrad Hesse, Carl Schmitt e Hans Kelsen.

Em seguida, trata-se especificamente dos direitos prestacionais sociais em sentido estrito, conforme classificação de Robert Alexy, e sua incorporação nas Constituições como direitos fundamentais, distribuído em dimensões que coexistem e que geram deveres positivos ao Estado. Nesse momento, abre-se espaço para uma pequena demonstração sobre a não aplicação da construção geracional dos direitos idealizada por T. H. Marshall, sociólogo inglês (1893-1981), sobre a realidade conformada no Brasil onde os elementos “civil, político e social” ascenderam em momentos diversos daqueles verificados no modelo Inglês.

Por fim, faz-se uma apresentação sobre o problema da eficácia e efetividade das normas constitucionais, com atenção voltada para as normas de cunho programático onde se inserem as normas de direitos sociais como o direito à saúde tratado no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e sua classificação como direito subjetivo mesmo ao se considerar o limite da reserva do possível e o acesso universal igualitário. Nesse sentido, algumas decisões judiciais ilustrarão a conclusão que será apontada.

# CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS.

## I.1 DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos fundamentais, cuja terminologia suscita uma complexidade conceitual, surgiram nos textos constitucionais do segundo pós-guerra (1939-1945) em países como a Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978), Turquia (1982), como forma de positivizar direitos humanos previstos ou não no direito constitucional positivado de um determinado Estado.

Tem como características a preexistência à ordem positiva, a inalienabilidade, a possibilidade de auto-aplicação, a eficácia erga omnes, o caráter absoluto e a imprescritibilidade. Neste trabalho prioriza-se o 3º predicado atribuído aos direitos fundamentais e sua natureza de direito subjetivo.

A título de distinção terminológica faz-se adesão àqueles que diferenciam os direitos humanos e os direitos fundamentais tratada entre outros por Ingo Wolfgang Sarlet, onde os primeiros

guardam relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)<sup>1</sup>.

Já os direitos fundamentais aplicam-se “para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 36.

<sup>2</sup> Ibid., p. 35-36.

Ou na distinção apresentada por José Luís Balzan de Moraes, “os direitos fundamentais como sendo o catálogo positivado dos direitos humanos em uma certa ordem jurídica [...]”<sup>3</sup>.

Neste sentido, os direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, eis que voltados ao homem como seu titular, porém sua abrangência é mais restrita na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades reconhecidos e garantidos pelo direito positivo em um determinado Estado.

Dessa forma, têm-se os direitos humanos positivados ou não na esfera do direito internacional e os direitos fundamentais reconhecidos e positivados no direito constitucional interno de cada Estado. Sem dúvida há uma íntima ligação entre direitos fundamentais e direitos humanos. Eles estão inter-relacionados e as dimensões que os compõem são compatíveis e não se excluem. Tais dimensões serão objeto de estudo neste trabalho.

Com base nesta simples distinção já podemos concluir que os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições, nas quais foram reconhecidos e assegurados<sup>4</sup>, havendo, portanto, um estreito elo entre o movimento constitucionalista e os direitos fundamentais.

No entanto, a título de delimitação, não se pretende estender ao tema da fundamentação dos direitos fundamentais. Ao longo deste estudo vamos analisar a problemática da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, notadamente os direitos prestacionais, que se apresentam mais como um problema político e jurídico.

Como salientado por Norberto Bobbio:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não

---

<sup>3</sup> MORAIS, José Luís Balzan de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 54.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 41.

filosófico, mas político. [...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.<sup>5</sup>

Nesse sentido, o pensamento de Bobbio representa a mudança do paradigma no estudo dos direitos fundamentais, que abandonou o caráter declarativo e legalista, baseado nas normas, e tenta alcançar a plena efetividade e a legitimação com destaque para os princípios.

Para a compreensão dos paradigmas jurídicos, não se deve perder de vista que o sistema político, constituído em um Estado de Direito, “está inserido assimetricamente em processos complexos de realização do sistema de direitos que têm de ser interpretado em condições sociais mutáveis, dando lugar a diferentes paradigmas jurídicos.”<sup>6</sup>

Nesse sentido leciona Ricardo Lobo Torres que a mudança de paradigmas jurídicos conduziu a reconfiguração do próprio Estado de Direito, que passa, após a queda do muro de Berlim, de Estado Providência para o Estado Democrático<sup>7</sup>.

Isso foi sentido também no contexto dos direitos humanos os quais o referido autor atribui significado amplo: “No plano dos direitos humanos a mudança se dá do paradigma da norma e do fato para o dos princípios e o da eficácia para o da legitimação.”<sup>8</sup>

Esta quebra de paradigma, portanto, é fruto do pós-positivismo onde se operou a superação do positivismo normativista e legalista com abertura de espaço, no campo dogmático jurídico, para a prevalência dos princípios jurídicos e dentre eles os

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24-25.

<sup>6</sup> NASCIMENTO, Rogério Soares do. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jurgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 479.

<sup>7</sup> TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1.

<sup>8</sup> Ibid., p. 2.

princípios fundamentais conforme tratado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 1º<sup>9</sup>.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito provocou a mudança no paradigma jurídico o que implicou na reaproximação entre o direito e a ética e entre liberdade e justiça<sup>10</sup>, tendo como pano de fundo a proeminência dos direitos fundamentais.

## I.2 AS CONSTITUIÇÕES E O CONSTITUCIONALISMO.

Como acima afirmado, os direitos fundamentais nascem e morrem com as Constituições que se trata do documento escrito onde, principalmente após a 2ª Grande Guerra (1939-1945), foram positivados as liberdades individuais e os direitos fundamentais adotados por um determinado Estado.

O constitucionalismo surge, portanto, a partir do momento em que os homens perceberam a necessidade de leis para organizar e constituir o próprio poder, fixando suas atribuições e limitações. E o documento escrito onde repousaria este conjunto de leis foi a Constituição que passou a agregar o corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado.

A importância da Constituição é revelada na própria Declaração dos Direitos do Homem de 1789 que dispõe em seu artigo 16 “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

---

<sup>9</sup> Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

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

V – o pluralismo político.

<sup>10</sup> TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 247.

Constituição contém um conceito complexo e polêmico, podendo ser adotado concepções sociológicas, políticas e jurídicas.

De acordo com o sentido sociológico, defendida pelo precursor da social-democracia alemã, o Advogado Ferdinand Lassale, a Constituição de um país é, em essência, “a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país”<sup>11</sup> e esses fatores reais do poder constituem a “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes”<sup>12</sup>.

Por isso a Constituição deve contemplar as condições históricas, econômicas, políticas, sociais e culturais da comunidade a que está vinculada.

Quando estes fatores reais são colocados em um documento escrito convertem-se em fatores jurídicos, que serão as normas de uma constituição escrita, o que Lassale chama de “folha de papel” para diferenciar a constituição real e efetiva, que é aquela integralizada pelos fatores reais de poder. No entanto, quando a constituição escrita não retrata a realidade extraída na sociedade onde os fatores reais de poder atuaram, instaura-se inevitavelmente o conflito onde a “folha de papel” certamente sucumbirá<sup>13</sup>. Para Lassale, portanto, o importante para o país é a preservação da sua Constituição real que contém as forças vitais desse país em oposição a Constituição escrita que é uma mera folha de papel sem valor ou durabilidade “a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”<sup>14</sup>.

O traço marcante da concepção sociológica é, portanto, a relação estreita entre o direito e o meio social, visto que as constituições devem retratar as realidades sociais sem apego ao positivismo normativo que marca o sentido jurídico das constituições.

---

<sup>11</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17.

<sup>12</sup> Ibid., p. 10-11.

<sup>13</sup> Ibid., p. 33.

<sup>14</sup> Ibid., p. 40.



Nesse sentido as Constituições não devem ser examinadas em si mesmas, mas sim em relação às sociedades que as adotam que possuem vontades, características, preferências que vão interferir no conteúdo desta Constituição.

A aplicação desta teoria ao modelo constitucional brasileiro suscita problemas em razão da falta de um consenso ético e uma identidade de valores compartilhados. É o que se extrai da obra de Gisele Cittadino, ao tratar do constitucionalismo comunitário brasileiro com referência aos trabalhos legislativos desenvolvidos na Constituição de 1988. Para esta autora, o pluralismo social no Brasil, formado em um cenário de rupturas com a legalidade vigente (ditaduras, violação a direitos fundamentais dos pobres), impede a formação de uma identidade da comunidade em seu conjunto, não havendo confiança nas tradições em razão dos processos de descontinuidades democráticas<sup>15</sup>.

Conclui a autora: “Com efeito, se não podemos caracterizar a sociedade brasileira como congruente e harmônica, tampouco podemos nos referir à Constituição como uma ordem concreta de valores compartilhados por nossa comunidade”<sup>16</sup>.

Nesse sentido, a ausência de valores compartilhados comprometeria a composição dos fatores reais de poder ditado por Lassale, fazendo com que a constituição escrita, aplicada ao modelo brasileiro, não se apresenta boa ou durável, eis que lançada sobre bases de conflitos e divisões sociais, sem consenso comunitário.

Segundo as palavras de Wanderley Guilherme dos Santos, “o problema crucial no Brasil não consiste prioritariamente na ausência de um pacto constitucional, mas na inexistência de um contrato social de boa-fé entre todos os grupos organizados do país”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 229.

<sup>16</sup> Ibid., p. 230.

<sup>17</sup> Cf. Wanderley Guilherme dos Santos. Regresso. Máscaras Institucionais do Liberalismo Oligárquico. Rio de Janeiro: Opera Nostra Editora, 1994. p. 67. In: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 230.

No Brasil é possível identificar a distinção feita por Lassale entre a constituição real e a folha de papel em que se converte a constituição escrita na medida em que

preceitos constitucionais de grande importância para a sociedade encontram-se na incômoda situação de “letras mortas”, à espera da edição de leis ordinárias ou complementares, que lhes integre o sentido e possibilitem a sua observância, ou, ainda, quando dispositivos constitucionais que não necessitam de legislação integrativa, às vezes não são cumpridos o que decorre, por exemplo, de fatores econômicos e políticos<sup>18</sup>.

Contrapondo o conceito de Lassale, temos a posição de Konrad Hesse que defende:

A “constituição real” e a “constituição escrita” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia<sup>19</sup>.

Para Hesse havendo conflito entre os “fatores reais” e a Constituição escrita, esta não deve obrigatoriamente ser considerada a parte mais fraca que vai sucumbir. A Constituição escrita tem um significado próprio e possui força normativa capaz de impor a realização de tarefas que, se realizadas, interferem na realidade política e social da comunidade<sup>20</sup>.

Ainda segundo Hesse a Constituição, por estar aberta, incompleta e inacabada, pode sofrer um processo de mutação e atualização permitindo-se adaptar às transformações fáticas, históricas e sociais, resultando daí um processo de interpretações construtivas que é condição fundamental de sua força normativa e estabilidade<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> FERRARI, Regina Maria MACEDO Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 18.

<sup>19</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. MENDES, Gilmar Ferreira. (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15-16.

<sup>20</sup> Ibid., p. 19.

<sup>21</sup> Ibid., p. 23.

Veja-se, portanto, que Konrad Hesse não considera a Constituição escrita uma mera “folha de papel”, mas atribui força normativa ao documento escrito que se apresenta aberto e receptivo as transformações sociais capaz de produzir interpretações construtivas. Logo, atribui força ativa à constituição jurídica podendo ela ordenar e conformar a realidade política e social, cuja força é mais ou menos intensa e efetiva quanto maior for a vontade de não violar a Constituição<sup>22</sup>.

Segundo o conceito político de Constituição, defendida principalmente por Carl Schmitt, esta representa a “decisão política fundamental” abrangendo matérias como estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática, sendo que as outras matérias que não constituem decisões políticas fundamentais são tratadas por leis constitucionais<sup>23</sup>. Logo, a Constituição normativa apenas deve conter as decisões políticas fundamentais.

Tais decisões políticas são válidas, pois derivadas de um poder constituinte que estabeleceu a sua vontade. Como nos informa Tercio Sampaio Ferraz Júnior, comentando sobre Schmitt,

a constituição é um ato de vontade, não importando se aquilo corresponde ou não a anseios sociais. É uma questão de oportunidade política, pode ou não corresponder aos fatores reais de poder na sociedade. O importante é uma decisão de vontade que se impõe: a decisão política fundamental<sup>24</sup>.

Assim, a concepção política afasta-se da concepção sociológica na medida em que retira da composição dos fatores reais de poder a vontade compartilhada de uma sociedade.

A concepção jurídica de Constituição, liderada por Hans Kelsen, conforma a constituição a norma pura, norma jurídica positiva, ou na explicação dada por José

---

<sup>22</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. MENDES, Gilmar Ferreira. (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 40.

<sup>24</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Constituinte: assembleia, processo, poder. 2. ed. São Paulo: RT, 1986. p. 18. In: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22.

Afonso da Silva, “puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica”<sup>25</sup>.

Como expressou Ferdinand Lassale:

O quadro teórico de Kelsen se desenvolve principalmente com base na “norma pura”, vazia de conteúdo, sem qualquer essência expressiva ou representativa da força ou de pressupostos ideológicos. As normas se aplicam não por serem eficazes, mas válidas: porque derivam e se fundamentam, numa dimensão exclusivamente hierárquica e lógico formal, umas nas outras, ou seja, as inferiores nas superiores.<sup>26</sup>

Kelsen até admite que na base do direito positivo haja uma realidade social, mas tais elementos são problemas metajurídicos e por tal razão devem ser estudados por sociólogos, filósofos, economistas, mas não pelo jurista já que o fundamento de validade da Constituição é a norma fundamental<sup>27</sup>. É o problema que Kelsen procurou resolver através da Teoria Pura do Direito.

Traz-se novamente a opinião de Tercio Sampaio Ferraz sobre o tema, citado por Regina Nery, segundo o qual a concepção jurídica encara a Constituição como um conjunto de normas postas, sem importar se ela é estabelecida por um poder ou uma vontade, ou se ela retrata as aspirações sociais de uma comunidade. Trata-se, portanto, de um conjunto de normas básicas vigentes, de conteúdo técnico, que serão utilizadas pelo jurista na solução dos conflitos<sup>28</sup>.

Ante as posições sumariamente apresentadas faz-se neste trabalho a adoção não absoluta da concepção sociológica da Constituição na medida em que o tema proposto tenciona aproximar o mundo jurídico do mundo real.

Afirma-se que a adesão não é absoluta pois não é aconselhável, de forma geral, a incorporação acrítica de teorias ou concepções aplicadas em Nações cuja formação

---

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 41.

<sup>26</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. XVII.

<sup>27</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 23.

<sup>28</sup> Ibid., p. 25.

histórica e cultural certamente influenciaram na aceitação de valores e preferências, não necessariamente compartilhados por outros povos. Ao cenário brasileiro deve-se pensar em uma concepção estrutural de constituição que agrega elementos da realidade social enlaçados na norma positiva não pura, mas impregnada de valores potencialmente realizáveis.

Dessa forma, o constitucionalismo decorre de uma mudança filosófica, social, política e jurídica e assenta-se em dois fundamentos principais: o limite do poder estatal e a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo.

Em um Estado Liberal era importante limitar o poder dos governantes para que estes deixassem o homem livre e individual agir dentro de uma estrutura onde a virtude da livre concorrência e do não intervencionismo estatal reinava. Enfim, as liberdades conferidas aos homens nas Constituições serviram ao ideal do *laissez-faire, laissez-passer* em repúdio ao Absolutismo monárquico.

O poder antes absoluto tornou-se limitado pelas liberdades conferidas aos homens e o direito positivo serviu de instrumento para medir essa liberdade. Assim, o constitucionalismo foi usado para garantir uma liberdade que, na visão do Estado Liberal, era uma liberdade meramente formal sem a prática de qualquer ação estatal para torná-la efetiva e concreta principalmente no campo prestacional.

## CAPÍTULO II – DIREITOS PRESTACIONAIS E NORMAS CONSTITUCIONAIS.

### II.1 DIREITOS PRESTACIONAIS SOCIAIS.

Os direitos sociais incorporam o quadro dos direitos fundamentais a partir da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e se expressam através de ações positivas do Estado para garantir a sua efetivação.

Nos dizeres de Gustavo Amaral,

os direitos fundamentais investem o indivíduo em um status jurídico no qual lhe é facultado formular pretensões perante o Estado, pretensões essas que podem dirigir-se a uma abstenção estatal (pretensão negativa) ou a uma ação do Estado (pretensão positiva).<sup>29</sup>

Assim, incumbe ao Estado não só o dever de não interferir na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, mas também o ônus de disponibilizar os meios e condições materiais a fim de implementar o efetivo exercício das liberdades fundamentais e sociais, partindo do princípio de que o indivíduo necessita de uma postura ativa dos Poderes Institucionalizados para obter o pleno acesso a igualdade material, fruto do Estado Social.

Nesse sentido,

os direitos fundamentais a prestações enquadram-se, como já visto, no âmbito dos direitos da Segunda dimensão, correspondente à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições do segundo pós-guerra.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2001. p. 101.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 205.

Também adepto a expressão direitos prestacionais, temos a clara colocação de Robert Alexy que faz uma divisão entre os direitos às prestações positivas do Estado, chegando a uma definição de direitos prestacionais em sentido estrito, que ora nos interessa:

Los derechos a prestaciones em sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase em el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones em sentido estricto.<sup>31</sup>

Nesse sentido, os direitos a prestações fáticas ou materiais, também denominados de direitos a prestações em sentido estrito, costumam ser identificados com os direitos sociais. Esta identificação, no entanto, não é absoluta, eis que se pode destacar direitos sociais que compreendem posições jurídicas cuja efetivação não decorre de uma prestação estatal, como é o direito de greve.

Assim, seguindo a classificação conceitual de Alexy, trataremos os direitos prestacionais compreendendo todo direito relacionado a prestações materiais devidas pelo Estado na qualidade de garantidor de uma vida digna.

Tratando-se dos direitos prestacionais deve-se enfrentar o clássico tema da divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, até porque o foco deste estudo refere-se à acionalibilidade do direito prestacional saúde, cabendo verificar se tal direito, assegurado constitucionalmente, comporta fruição imediata.

A classificação entre positividade e negatividade opera-se a partir da necessidade ou não de prestações positivas por parte do Estado para a efetivação de direito fundamental.

---

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997. p. 482. Os direitos a prestações em sentido estrito são os direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-lo também de particulares. Quando se fala em direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à previdência, ao trabalho, à moradia e à educação, se faz referência primordialmente a direitos a prestações em sentido estrito.

A construção geracional original é atribuída a T.H. Marshall<sup>32</sup> (1893-1981) que estudando o desenvolvimento histórico da cidadania na Inglaterra dividiu-a em três elementos predominantes, o civil, o político e o social, e buscou estabelecer as sucessivas fases em que surgiram os respectivos direitos na prática político-jurídica inglesa.

Para Marshall,

o elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. (...) Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais.<sup>33</sup>

T.H. Marshall tem uma concepção de cidadania ligada ao elogio do Estado de bem estar social (Welfare State), que teve papel preponderante nas décadas que se seguiram a 2ª Guerra Mundial<sup>34</sup>.

O Estado do bem-estar social invoca a necessidade de assegurar igualdade material, desviando-se da tutela formal, e demanda prestações estatais que criam pré-condições para o exercício das liberdades. Nesse sentido, o Estado social relaciona-se com a justiça distributiva que deve conduzir a aplicação das prestações estatais.

É certo que devemos ter muito cuidado com a incorporação acrítica de modelos estrangeiros principalmente quando o tema em foco é a conquista da cidadania. No caso em apreço torna-se totalmente inadequada e desaconselhável a aplicação do

---

<sup>32</sup> MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. GADELHA, Meton Porto. (Trad.). Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. (Biblioteca de Ciências Sociais)

<sup>33</sup> Ibid., p. 63-64.

<sup>34</sup> TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 249.



modelo britânico de construção da cidadania ao cenário brasileiro, que sequer seguiu a linha evolutiva mostrada por T. H. Marshall.

Aliás, como crítica a classificação geracional proposta por Marshall, oportuna a manifestação de Ricardo Lobo Torres sobre a obra do sociólogo, para o qual a noção de cidadania ligou-se “à visão historicista, com um evolucionismo ingênuo que permitiria a completa fruição dos direitos sociais e que culminaria com a vitória do estado de bem estar social como forma superior de organização política”<sup>35</sup>.

Como a história dos direitos no Brasil é contada basicamente a partir de 1822, em uma sociedade marcadamente escravocrata e desigual, é certo que os direitos civis não tomaram a dianteira na linha evolutiva da classificação “geracional” de direitos conquistados.

José Murilo de Carvalho<sup>36</sup> sintetiza muito bem o longo caminho percorrido pela cidadania no Brasil, que é o fator social utilizado para descrever as gerações ou dimensões de direitos no Brasil.

Para Carvalho, os direitos políticos saíram na frente, apesar da pouca expressividade e mudanças trazidas com a Independência do Brasil, em 1822<sup>37</sup>.

Segundo Carvalho,

a principal característica política da independência brasileira foi a negociação entre a elite nacional, a coroa portuguesa e a Inglaterra, tendo como figura mediadora o príncipe D. Pedro. (...) Em comparação com outros países da América Latina, a independência do Brasil foi relativamente pacífica. (...). Não houve mobilização de grandes exércitos, figuras de grandes “libertadores”, com Simon Bolívar, José de San Martín, Bernardo O’ Higgins, Antônio José de Sucre. O papel do povo, se não foi de simples espectador, como queria Eduardo Prado, que o comparou ao carreiro do quadro *Independência ou morte!*, de Pedro Américo, também não foi decisivo, nem tão importante como na América do Norte ou mesmo na América espanhola<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 250.

<sup>36</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

<sup>37</sup> Ibid., p. 25.

<sup>38</sup> Ibid., p. 27-28.

E o mesmo autor alerta sobre a repercussão da Independência sobre os direitos no Brasil, admitindo o avanço no que se refere aos direitos políticos e, por outro lado, uma total negação aos direitos civis uma vez que processo de Independência e a Constituição outorgada em 1824 ignorou a escravidão, como se ela sequer existisse<sup>39</sup>.

Assim a Constituição de 1824 estabeleceu para uma elite conservadora e abastada alguns direitos políticos eis que definiu quem teria direito a votar e ser votado, com realização de eleições indiretas pelo menos até 1881<sup>40</sup>.

A partir da industrialização verificada nas principais cidades brasileiras – Rio de Janeiro e São Paulo –, tendo como marco histórico a década de 20, ergueu-se um tímido e embrionário movimento que representou um pequeno avanço na conquista de direitos civis e sociais: o movimento operário<sup>41</sup>.

Os operários influenciados por estrangeiros recém chegados da Europa lutavam por direitos básicos como o direito de organizar-se, manifestar-se, de escolher o trabalho e fazer greve. Além disso, os operários lutavam por uma legislação trabalhista que regulasse, por exemplo, a jornada de trabalho, o descanso semanal, as férias, o seguro de acidente de trabalho e a aposentadoria<sup>42</sup>.

Mas certamente era muito difícil a conquista de direitos sociais em um cenário onde os direitos civis praticamente eram inexistentes e os direitos políticos asseguram a poucos a participação nas decisões políticas do país. E entre estes poucos, é claro, não estavam representantes genuínos do povo, mas sim grandes proprietários de terra e alguns funcionários ligados ao Estado.

Essa realidade não sofreu alterações substanciais durante a República Velha (1889-1930), marcada pela força dos coronéis. O que se viu foram atos isolados de assistencialismo praticados pelos coronéis que além de controlarem a justiça e a

---

<sup>39</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 28.

<sup>40</sup> Ibid., p. 30.

<sup>41</sup> Ibid., p. 58.

<sup>42</sup> Ibid., p. 60.

política, por vezes resolviam comprar alguns remédios para a população doente ou providenciar um enterro como forma de perpetuarem-se no poder<sup>43</sup>. Algumas tímidas medidas foram tomadas após 1919 quando o Brasil ingressou na Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>44</sup>.

Até 1930, portanto, “o povo não tinha lugar no sistema político, seja no Império, seja na República. Era uma cidadania em negativo, se se pode dizer assim”<sup>45</sup>.

A partir de 1930 e notadamente com a Constituição de 1937 e a criação da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, temos o avanço dos direitos sociais no Brasil<sup>46</sup>.

Este período da história do Brasil oscilou entre ditaduras e aparente democracia, com forte apelo ao populismo, e culminou com o ato que fulminou com os poucos direitos civis conquistados nessa evolução que foi o golpe militar de 31 de março de 1964. De qualquer forma, a partir desse marco divisório os direitos sociais ganharam força em um movimento de ascensão, apesar dos acontecimentos posteriores que limitaram sua plena fruição.

Desdobrando este momento histórico, podemos destacar o período compreendido entre 1945 e 1964 onde, ao lado dos direitos sociais em expansão, verificou-se a evolução dos direitos políticos no cenário de uma pioneira democracia populista, onde o voto verdadeiramente popular teve peso de definição dos processos eleitorais. Até 1964 houve liberdade de imprensa e eleições regulares para Presidente da República, senadores, deputados federais e estaduais, prefeitos e vereadores<sup>47</sup>.

De 1964 a 1985, com ênfase no período de 1968 a 1974, os direitos civis e políticos foram severamente restringidos pela força e pela violência, o que representou um retrocesso na marcha pela conquista da cidadania no Brasil. Trata-se do período

---

<sup>43</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 64.

<sup>44</sup> Ibid., p. 63.

<sup>45</sup> Ibid., p. 83.

<sup>46</sup> Ibid., p. 87.

<sup>47</sup> Ibid., p. 87-88.

mais sombrio da história do país no que se refere aos direitos civis e políticos<sup>48</sup>. Os direitos sociais prosseguiram sua marcha e alcançaram com os militares um grande passo que foi a universalização da previdência social<sup>49</sup>.

O processo de redemocratização do país, iniciado a partir de 1974, significa o retorno gradual e lento dos direitos civis e políticos destacando-se nesse período a revogação do AI-5, em 1978, o fim da censura prévia e lei da anistia (1979) que propiciou à volta dos exilados políticos, o fim de bipartidarismo forçado (Arena/MDB), a criação do Partido dos Trabalhadores em 1980, eleições diretas para governadores de Estados em 1982 e, ao final, a campanha pelas “Diretas Já” e a eleição presidencial de Tancredo Neves, em 1985, um presidente civil<sup>50</sup>.

Veja-se, portanto, que na classificação dimensional de direitos no Brasil os direitos civis foram os últimos a serem assegurados. Isto se deve ao fato que durante o regime militar os direitos civis foram os mais censurados e violados impunemente, através de atos como a tortura, a prisão ilegal, a incomunicabilidade dos presos, a violação de correspondências e da privacidade do lar, a cassação de professores universitários e membros do Poder Judiciário, a supressão da ampla defesa<sup>51</sup>.

Assim, o modelo geracional proposto por Marshall é totalmente inadequado à realidade brasileira, pois o longo caminho percorrido pela cidadania no Brasil trilhou caminho diverso. Entre nós, os direitos sociais precederam os demais. Os direitos políticos antecederam os direitos civis. O Estado, principalmente o Estado assistencialista e autoritário é que conduziu a outorga de direitos sociais, políticos e civis.

Oportuno nesse sentido a contribuição de Flávio Galdino<sup>52</sup>. Para este autor em primeiro lugar floresceram os direitos sociais em meio a um Estado Autoritário onde

---

<sup>48</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 158.

<sup>49</sup> Ibid., p. 170.

<sup>50</sup> Ibid., p. 173-190.

<sup>51</sup> Ibid., p. 193.

<sup>52</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

a representação política não passava de fachada. Tais direitos sociais eram na verdade

privilégios específicos de determinadas classes de trabalhadores politicamente influentes, excluindo-se muitas outras (como os desde sempre marginalizados trabalhadores rurais, por exemplo), e eram decorrentes de alianças setoriais. Não é o Estado fundado na cidadania, mas a cidadania dependente do Estado (da burocracia estatal)<sup>53</sup>.

A que se chamou de estadania e não cidadania, segundo expressão adotada por José Murilo de Carvalho<sup>54</sup>.

Justifica-se ainda a posição de frente ocupada pelos direitos sociais no Brasil o autoritarismo pós-30 e a violência do regime militar cujos agentes procuraram compensar a falta de liberdade política e inexistência de direitos civis com o paternalismo social.

Mesmo no Brasil atual ainda não se pode afirmar que os direitos civis foram efetivamente incorporados na vida das pessoas. Como ensina Miguel Reale, citado por Galdino,

nosso cotidiano incorpora e revigora expressões como chacina, massacre, detenção arbitrária, bala perdida, superlotação de cadeias, seqüestro, tortura, e tantas outras que nos envergonham diante do mundo civilizado e de nós mesmos enquanto nação<sup>55</sup>.

Como exposto, o modelo de Marshall não se aplica ao Brasil onde o surgimento geracional dos direitos revelou traços distintos. A incorporação acrítica deve ser evitada. O modelo de Marshall foi incorporado ao discurso dominante no mundo ocidental e incorporado nas constituições como a do Brasil, sem que a nossa prática política e experiência como Nação pudesse aplicá-lo.

---

<sup>53</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 173.

<sup>54</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 61, 221.

<sup>55</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 174.

Voltando ao tema das gerações de direitos, vale primeiro destacar que se utiliza no trabalho a expressão dimensões de direitos para evitar a falsa idéia de completude ou esgotamento que o termo geração pode trazer, ou seja, as gerações de direitos não sucederam umas as outras, e tampouco se superaram, mas, ao contrário, coexistem e o início de uma nova geração não quer dizer que a geração anterior foi alcançada e finalizada.

Isto implica dizer que os direitos sociais que compõem os direitos de 2ª dimensão<sup>56</sup> <sup>57</sup> <sup>58</sup> não surgiram somente após a conquista dos direitos de liberdade que compõem os direitos de 1ª dimensão. Aliás, não se pretende neste trabalho deter-se rigorosamente a classificações doutrinárias sobre a composição das dimensões dos direitos, mas sim analisar os direitos sociais prestacionais, sua positividade, e sua acionabilidade como direitos subjetivos públicos.

## II.2 DIREITOS DE 2ª DIMENSÃO.

No curso da história, a partir do surgimento do Estado Liberal (séc. XVIII/XIX), foram então observadas “dimensões” de direitos que passaram a conviver entre si. Os primeiros direitos a serem reconhecidos voltavam-se contra a opressão do monarca.

Tratou-se, portanto, dos direitos voltados ao valor liberdade, classificados inicialmente como direitos negativos e que funcionavam como limites constitucionais ao poder não mais ilimitado do Estado.

Os direitos à liberdade têm dimensão ampla envolvendo a obtenção de condições materiais (propriedade), espirituais (liberdade de religião), e ainda a liberdade de escolha no campo da política como forma de livre manifestação de pensamento e

---

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 55.

<sup>57</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 6.

<sup>58</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 23.

opinião. Assim, diz-se que o Estado deve assegurar as liberdades públicas aos indivíduos através de medidas abstencionistas como a vedação a censura, a não intervenção sobre a propriedade privada.

Como bem sintetizou Paulo Bonavides,

No liberalismo, o valor da liberdade, segundo Vierkandt, cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. Quanto menos paupável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse<sup>59</sup>.

Estes seriam os chamados direitos de primeira dimensão, tais como a vida, a integridade física, a propriedade privada e a liberdade.

Partindo dessa classificação “negativa”, afirma-se que os direitos de liberdade reclamam, para sua plena eficácia, uma abstenção por parte do destinatário da norma, dispensando portanto a mediação legislativa e a alocação de recursos o que é afeto a aplicabilidade dos direitos de 2ª dimensão que exigem uma prestação positiva do Estado, um agir estatal.

Porém a liberdade contemplada no Estado Liberal, e a conseqüente igualdade, sempre corresponderam a conceitos meramente formais e não substanciais. Uma liberdade formal que conduzia a uma desigualdade de fato.

Veja-se oportuno comentário de Paulo Bonavides:

Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais - , termina a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.

60.

<sup>60</sup> Ibid., p. 61.

Essa realidade já visível tornou-se mais evidente a partir do fim da 1ª Grande Guerra Mundial com o contraste observado entre a liberdade do liberalismo e a escravidão social dos trabalhadores, como defendido por Karl Marx.

Assim, a liberdade do liberalismo pode ser perversa como o é a liberdade negativa na definição de Isaiah Berlin, segundo o qual por liberdade negativa entende-se a ausência de obstáculos que bloqueiam a ação humana<sup>61</sup>. E prossegue:

A liberdade negativa podia ser interpretada como um *laissez faire* econômico, por meio do qual em nome da liberdade era permitido aos proprietários destruir a vida das crianças nas minas, ou aos donos de fábrica destruir a saúde e o caráter dos operários na indústria. Mas isso era uma perversão, não o que o conceito significa basicamente para os seres humanos, na minha opinião<sup>62</sup>.

Logo não era mais sustentável a repetição do postulado de que todos os homens são iguais perante a lei. Exigia-se uma quebra de paradigma com a superação dos clássicos conceitos cultuados desde a Revolução Francesa.

A liberdade do liberalismo clássico deveria romper-se, superar-se, alcançando novos conceitos e posições onde os fatores econômicos deveriam ser considerados, a fim de se obter uma igualdade material e não mais formal.

Nesse cenário surge o Estado social que representou uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal.

Destacam-se como bases ideológicas do Estado Social o pensamento de Rousseau e Marx. Rousseau em seu Contrato Social<sup>63</sup> propugnava a libertação política do homem associado ao sufrágio universal e a democracia. Karl Marx, em “O Capital”, pregava a libertação econômica<sup>64</sup>, tendo como instrumento a revolução para a condução da classe operária ao poder, com o despojamento dos privilégios da

---

<sup>61</sup> BERLIN, Isaiah. Meu caminho intelectual. In: HARDY, Henry (Org.). A Força das idéias. EICHENBERG, Rosaura (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 35.

<sup>62</sup> Ibid., p. 37.

<sup>63</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social**. NASSETTI, Pietro (Trad.). São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 173.



burguesia. A tese democrática de Rousseau buscava a igualdade entre as classes confiando na conciliação de classes, mediante concessões mútuas, cujo instrumento seria o sufrágio universal. Já os socialistas negavam qualquer possibilidade de conciliação com a burguesia e pregavam a luta de classes, a tomada do poder através da violência<sup>65</sup>.

Nessa linha, e com o florescimento do Estado Social que marcou o século XX, o não intervencionismo cede espaço ao Estado prestacional, repartidor e distribuidor de riquezas, no qual o compromisso do Estado de garantir uma vida digna está relacionado à outorga de prestações positivas e não ao culto de uma omissão ou abstenção.

Nos dizeres de Luis Roberto Barroso:

“os direitos individuais, impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares” [...] “Os direitos econômicos, sociais e culturais identificados, abreviadamente, como direitos sociais, são de formação mais recente, remontando à Constituição de mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919. Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o indivíduo para além de sua condição individual. Com eles surgem para o Estado certos deveres de prestações positivas, visando a melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material”<sup>66</sup>.

Temos ainda a clara colocação de Norberto Bobbio:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 175-176.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 101.

<sup>67</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 72.

Assim a necessidade de se proteger e assegurar direitos sociais, através de serviços públicos prestados pelo Estado, fez nascer a nova forma de Estado que foi o Estado social em substituição ao Estado Liberal.

Esta foi a missão idealizada para o Estado Social, ou seja, promover uma distribuição igualitária de direitos sociais, visto sob o ângulo de uma igualdade material, com distribuição de recursos e iguais oportunidades.

E para tanto o Estado deveria abandonar a sua posição de inércia para garantir as condições mínimas, inclusive materiais, para o pleno exercício dos direitos fundamentais sociais.

Por oportuno, os direitos econômicos e sociais integrantes da intitulada 2ª dimensão definem-se como:

Direitos econômicos e sociais – tidos, sob o prisma intelectual, como heranças dos movimentos socialistas e da doutrina social da Igreja Católica, e que tem por marcos históricos institucionais a Constituição mexicana de 1917 e Constituição alemã de Weimar de 1919. São direitos cuja observância depende de uma prestação positiva do Estado”<sup>68</sup>.

Ainda a nível conceitual, extrai-se da lição de José Afonso da Silva:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade<sup>69</sup>.

Oportuna a definição trazida na obra de Ingo Wolfgang Sarlet:

---

<sup>68</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 154.

<sup>69</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 289-290.

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa<sup>70</sup>.

O Estado não intervencionista liberal passou a ser intervencionista no cumprimento de uma obrigação constitucional devendo adotar comportamentos positivos, intervir na dinâmica social, econômica e, conseqüentemente, política, a fim de que todos os direitos formalmente garantidos no sistema constitucional se tornassem direitos efetivamente assegurados na prática constitucional da sociedade<sup>71</sup>.

Nessa linha de idéias o Estado passou a ser prestador de serviços públicos essenciais, sendo tal tarefa a nova e consagrada função do Estado Social cujos credores são os indivíduos que compõem a sociedade.

Assim, a garantia dos direitos sociais geram prestações positivas para o Estado, são direitos impositivos aos Estados eis que estabelecem uma obrigação de atuação positiva (obrigação de fazer).

Por outro lado, o comportamento ativo do Estado na entrega de prestações criou em relação às massas dos Estados Sociais uma espécie de patologia social que é o assistencialismo.

Com efeito, a intervenção do Estado principalmente na consecução dos direitos sociais reduziu ainda mais a diminuta autonomia material dos indivíduos, principalmente em países pobres. O agir estatal aumentou a dependência do indivíduo em relação às prestações públicas, gerando massas de necessitados o que enfraquece a democracia.

---

<sup>70</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p.56.

<sup>71</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 46.

Oportuno nesse sentido o comentário de Paulo Bonavides:

O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas<sup>72</sup>.

Em sentido similar o alerta feito por Rousseau:

Nos maus governos é aparente e ilusória essa igualdade, que só serve para manter na miséria o pobre e o rico na sua usurpação. De fato, as leis são sempre úteis aos que possuem, e danosas aos que nada têm, donde se deduz que o estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e quando nenhum deles tem demais<sup>73</sup>.

Por tais razões, enumera-se, a formação de massas e o crescimento da dependência em relação às prestações sociais, é que o Estado Social foi incorporado em constituições ora submetido a regimes democráticos ora totalitários.

Ora, a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista, o Brasil varguista foram “Estados Sociais”. Da mesma forma foram Estados Sociais a Inglaterra de Churchill, os Estados Unidos com Roosevelt. Isto quer dizer que o Estado Social convive com regimes políticos antagônicos como a democracia e os regimes totalitários (nazismo, fascismo)<sup>74</sup>.

Explicação para isto pode ser atribuída, de acordo com o pensamento marxista, ao fato que o Estado Social conserva sua adesão à ordem capitalista, cujo programa não ostenta grandes diferenças em relação aos postulados econômicos e sociais já praticados pelo regime de capitais<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 200.

<sup>73</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social**. NASSETTI, Pietro (Trad.). São Paulo: Editora Martin Claret, 2000. p. 37.

<sup>74</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 200, 184.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 184.

Em síntese, os direitos fundamentais de 2ª dimensão compreendem os direitos sociais e econômicos que tradicionalmente estão ligados a um conceito positivo de operacionalidade e fruição.

## II.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS: POSITIVOS E NEGATIVOS.

Neste trabalho, nega-se a adesão irrestrita a tradicional tese da divisão dos direitos fundamentais em positivos e negativos, considerando as dimensões aqui abordadas (1ª e 2ª).

Em relação aos direitos de 1ª dimensão, a abstenção ou omissão mencionada no item anterior não é suficiente para garantir a sua plena eficácia. Este é apenas um dos aspectos, mas a conformação final de tais direitos também vai depender de um agir estatal mesmo que seja em relação à proteção ou manutenção do direito contra usurpações.

Isto quer dizer que o conceito puramente negativo dos direitos a liberdades públicas não é o suficiente para garantir a sua total acionabilidade.

Esta percepção também foi apresentada por Robert Alexy ao tratar da distinção entre direitos de defesa e direitos de proteção. Para o doutrinador

Los derechos a protección y los derechos de defensa han sido contrapuestos recíprocamente porque los primeros son derechos a acciones positivas y los segundos a acciones negativas. (...) El primero es un derecho frente al Estado a que este omita intervenciones; el segundo, un derecho frente al Estado para que este se encargue de que terceros omitan intervenciones. Puede ponerse en duda la justificación de esta contraposición(...). También la acción positiva de proteger es una actividad estatal defensiva y no una configuración positiva. Aquí es correcto que en el derecho a protección se trata de defensa<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997. p. 441.

Verifica-se, pois, que a abstenção pode coexistir com a prestação. É o caso, por exemplo, do direito a posse que exige a não intervenção do Estado e de terceiros e, ao mesmo tempo, necessita obter prestações positivas para impedir atos de violência e turbação. Seja através da edição de leis que tutelam o direito a posse ou através do aparelhamento do Poder Judiciário, a ofensa à posse, caso ocorra, exigirá a atuação enérgica do Estado o que se dará mediante prestações positivas.

Nesse sentido vale destacar a obra dos professores norteamericanos Cass Sunstein e Stephen Holmes intitulada “The cost of rights<sup>77</sup>”, segundo os quais todos os direitos são positivos, inclusive os direitos da liberdade, eis que demandam uma atuação estatal para sua efetivação e permanência, ou seja, proteção.

Tal obra - The cost of rights - representa uma mudança no conceito tradicional dos direitos subjetivos. Segundo tais doutrinadores é preciso ultrapassar a sólida barreira erguida pelo senso comum acerca dos direitos, consoante a qual os direitos baseados na liberdade seriam puramente negativos não dependendo de qualquer prestação estatal positiva para sua efetivação. Esta divisão, aliás, serve para sustentar uma manipulação ideológica dos direitos no que tange a sua efetividade. Voltaremos ao tema.

Utilizando-se de modelos e situações jurídicas verificadas nos Estados Unidos da América, de cunho local e isoladas, sustentam os autores que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se a conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita<sup>78</sup>.

Nesse sentido, mesmo para proteger ou assegurar o “reino privado” tão precioso para a sociedade americana, o problema dos custos se apresenta pois os bens,

---

<sup>77</sup> HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W.W Norton and Company, 1999.

<sup>78</sup> HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. The cost of rights – why liberty depends on taxes. New York: W.W Norton and Company, 1999. p. 20. In: GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 204.

interesses e liberdades valorizadas têm um preço e são sustentadas pela ação pública<sup>79</sup>.

Para exemplificar, os autores servem-se de um exemplo paradigmático que ocupa posição central na estrutura jurídica-política nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica que é o direito de propriedade, tradicionalmente visto como um dever negativo do Estado.

Para os autores, a propriedade privada também é mantida por ações públicas e positivas, e admiti-la como dever negativo do Estado conduz a uma compreensão equivocada do fenômeno<sup>80</sup>. O Estado não simplesmente protege e defende a propriedade; o Estado verdadeiramente cria a propriedade<sup>81</sup>.

Logo, segundo Sunstein e Holmes, o direito de propriedade depende de uma contínua ação estatal protecionista que se opera pela ação de agentes governamentais, como os Juízes e legisladores<sup>82</sup>, e mediante uma construção normativa a dar suporte aos proprietários.

E concluem afirmando que o direito de propriedade é estrondosamente positivo<sup>83</sup>, eis que criado e preservado pela ação estatal com outorga de prestações fáticas.

E outros exemplos são mencionados<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W.W Norton and Company, 1999. p. 14-15: “The private realm we rightly prize is sustained, indeed created, by public action. Not even the most self-reliant citizen is asked to look after his or her material welfare autonomously, without any support from fellow citizens or public officials”. Ou: “Americans seen easily to forget that individuals rights and freedoms depend fundamentally on vigorous state action. Without effective government, American citizens would not be able to enjoy their private property in the way they do”.

<sup>80</sup> Ibid., p. 60. “A liberal government must refrain from violating rights. It must respect rights. But this way of speaking is misleading because it reduces the government’s role to that of a nonparticipant observer”.

<sup>81</sup> Ibid., p. 60. “A liberal legal system does not merely protect and defend property. It defines and thus creates property”.

<sup>82</sup> Ibid., p. 66. “Private property is not only protected by government agencies, such as the fire department. It is, more generally, a creation of state action. Legislators and judges define the rules of a ownership, just as they establish and interpret the regulations governing all of our basic rights”.

<sup>83</sup> HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W.W Norton and Company, 1999. p. 70. “The right to private property is fully positive in the sense that it depends on government for its existence (...)”. In: GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 208.

Nesse ponto, utilizando-se de um autor nacional que aborda a obra americana em estudo, oportuno o exemplo trazido por Flávio Galdino que faz a ligação entre a violência estatal no dever de preservar a qualquer custo a propriedade privada:

Quanto terá custado aos cofres públicos enviar e manter em campanha por semanas a fio em Eldorado dos Carajás mais de quinhentos homens armados. O que estes homens protegiam? Em nome de que direito eles mataram civis miseráveis a sangue-frio? A resposta atende pelo nome de propriedade privada (de um ou de uns poucos). (...). Será possível ainda dizê-la meramente negativa? Naturalmente que não. A verificação da positividade de todos os direitos fundamentais é que irá permitir uma escolha lúcida entre a violenta proteção do direito subjetivo de propriedade “privada” e “privatística” oitocentesca e a adequada proteção educacional ou de saúde, que talvez sejam menos custosas, e por certo muito mais necessárias<sup>85</sup>.

Além do custo usado na proteção física da propriedade, os remédios jurisdicionais para a preservação e manutenção do direito de propriedade são custosos<sup>86</sup> e, portanto, requerem investimentos de recursos públicos que demandam uma série de deveres positivos ao Estado. A complexa estrutura judiciária montada para assegurar aos indivíduos o acesso ou a preservação dos direitos de liberdade são onerosos e o Estado é responsável pela sua entrega<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W.W Norton and Company, 1999. p. 65. “Additional examples of government expenditures for the sake of private property owners are legion; it is unnecessary to think that all or even most are defensible in order to see the basic pattern. The American taxpayer spent almost \$ 10 billion in 1996 for agricultural subsidies designed to increase the value of the private property rights of American farmers. The Army Corps of Engineers expended around \$ 1.5 billion in 1996 on flood-plain management and other forms of flood control. The Coast Guard spent \$ 1.26 billion in the same year in search and rescue missions, aids to navigation, marine safety (including the removal of dangerous wrecks and derelicts at sea), ice breaking, and so forth, all of which helps protect the private property of American shippers and boat owners. Copyright, which is a form of property, also involves public expenditure. The Copyright Office and Copyright Royalty Tribunal, taken together, cost \$ 28 million in 1996; \$ 18 million of this amount was covered by user fees, leaving roughly \$ 10 million on the tab of the ordinary taxpayer”.

<sup>85</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 231.

<sup>86</sup> HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W.W Norton and Company, 1999. p. 43. “Where there is a right, there is a remedy” is classical maxim. (...) rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expansive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced”.

<sup>87</sup> Ibid., p. 45. “No court can function without receiving regular injections of taxpayer’s dollars to finance its efforts to discipline public or private violators of rights, and when those dollars are not forthcoming, rights cannot be vindicated. To the extent that rights enforcement depends upon judicial vigilance, rights cost, at a minimum, whatever it costs to recruit, train, supply, pay, and (in turn) monitor the judicial custodians of our basic rights”.



Assim, a tutela aos direitos em geral exige uma estrutura jurídica complexa e seu funcionamento depende de recursos que devem ser aplicados para a salvaguarda não só dos direitos econômicos e sociais, mas também para os direitos de liberdades, tradicionalmente chamados de direitos negativos.

Também podemos destacar a liberdade de expressão, a liberdade de contratar, o exercício do direito de votar cujo desfrute, apesar de relacionar-se a liberdades individuais, depende de prestações positivas do Estado.

Sobre os direitos políticos, como o exercício do voto, sabemos que uma eleição presidencial, por exemplo, consome altos investimentos, que vai desde o acréscimo dos vencimentos dos magistrados que integram a Justiça Eleitoral até o dispêndio com a informatização do procedimento de votação e apuração. Sem dúvida dependem de prestações positivas do Estado.

Sobre este tema, os autores americanos informam, com o fito de demonstrarem o acerto de suas teses, que as campanhas políticas americanas do ano de 1996 custaram ao contribuinte americano aproximadamente US\$ 400.000.000,00<sup>88</sup>.

Como visto os direitos à liberdade também custam dinheiro e nem por isso deixam de ser efetivados, ou pelos menos o são com maior intensidade.

Registra-se, portanto, a aceitação da doutrina estrangeira de que os direitos à liberdade, talvez em menor quantidade que os direitos sociais, também demandam ações positivas do Estado, e, logo, não são gratuitos.

Qualquer ação ou omissão estatal é sempre custosa (positiva). Os deveres negativos impõem para o Estado outros correlatos deveres positivos, no mínimo para manter uma estrutura de garantia o respeito aos direitos fundamentais em questão.

---

<sup>88</sup> HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W.W Norton and Company, 1999. p. 113-114. “The right to vote is no more costless than any other right. Putting aside all private expenditures for political campaigns, the 1996 elections probably cost the American taxpayer some where between \$ 300 million and \$ 400 million”.(...) “In California, where a study of electoral expenses was commissioned by the state government, the cost of any statewide election (whether presidential, senatorial, gubernatorial, etc.) runs around \$ 45-50 million”.

Assim, concordando com Sunstein e Holmes, na esfera pública inexistem direitos negativos. Todos os direitos subjetivos outorgados pelo Estado, mesmo os individuais, são positivos.

Em conclusão, demonstrado que todo direito possui um custo, a opção pela sua efetivação independe de sua caracterização como direito individual, direito de defesa ou direito social. O modelo de classificação que separa direitos positivos e negativos não esgota a complexidade do tema.

Na verdade esta distinção prestou-se para fazer uma manipulação ideológica dos direitos, ou seja, associar o termo negativo à fruição imediata, eis que sem custos, e, o termo positivo a submissão do direito às escolhas trágicas geradas pela escassez de recursos<sup>89</sup>.

O tema da escassez e das escolhas alocativas é bem apresentado por Gustavo Amaral para quem os meios materiais para assegurar os direitos fundamentais são finitos, ou seja, a escassez de um bem significa que não há o suficiente para satisfazer a todos<sup>90</sup>. Logo, em um cenário de escassez, faz-se imperioso tomar decisões alocativas que são, “basicamente, de duas ordens: quanto disponibilizar e a quem atender”<sup>91</sup>.

E as decisões sobre a aplicação de recursos finitos, por vezes, geram escolhas trágicas, eis que de acordo com o direito fundamental em apreciação pode até mesmo ocasionar a morte, sendo a saúde, por exemplo, o bem objeto da escolha.

A adoção da tradicional divisão entre direitos positivos e negativos retirava os direitos negativos do critério da alocação de recursos, ou seja, as escolhas trágicas considerando o problema da escassez somente teriam como alvo os direitos tidos como positivos, notadamente os direitos sociais.

---

<sup>89</sup> As expressões “escolhas trágicas” e “escassez” serão freqüentemente usadas neste trabalho seguindo a conceituação trazida na obra de AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 133 e et seq.

<sup>90</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 133-150.

<sup>91</sup> Ibid., p. 148.

A fruição dos direitos individuais, sob a ótica privatística, por dependerem de um mero abstencionismo (sem custos) deviam ter prioridade sobre os direitos positivos, altamente custosos. Como vimos, entendimentos como estes estão equivocados. Este é o pano de fundo usado para fazer a manipulação ideológica dos direitos.

E vale lembrar que o direito por excelência do Estado Liberal é a propriedade privada, tradicionalmente um direito individual a ser desfrutado por poucos. Sua proteção deveria ser máxima em detrimento dos direitos sociais.

Logo o reconhecimento dos custos e da positividade de todos os direitos impede que se faça uso desta distinção, uso este que põe os direitos individuais a salvo das escolhas trágicas eis que não serão sacrificados em favor dos direitos sociais.

Nesse sentido, as decisões alocativas, tomadas em razão da escassez de recursos, devem considerar também os direitos individuais de liberdade haja vista a formulação crítica acima sobre a superação da visão tradicional da divisão dos direitos em positivos e negativos.

## II.4 DIREITOS SUBJETIVOS PRESTACIONAIS.

Seriam então os direitos fundamentais sociais integrantes da categoria dos direitos subjetivos?

Até que ponto e sob quais condições é possível, com base em uma norma de direito fundamental social, reconhecer-se ao particular um direito subjetivo individual, isto é, a possibilidade de exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material (direito à educação, assistência médica, assistência social, etc.)?

Já percebemos que a mera previsão de direitos sociais nas Constituições, ou a sua positivação na esfera infraconstitucional não têm o efeito de, por si só, “produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o suficiente instrumental para a sua concretização, [...]”<sup>92</sup>.

Ainda na lição de Sarlet, a fruição ou a efetividade dos direitos sociais e de forma geral dos direitos fundamentais não se alcança com a mera vigência da norma, ou seja, não é um problema relacionado exclusivamente ao sistema jurídico, mas diz respeito a um problema político, ou seja, uma verdadeira política dos direitos fundamentais<sup>93</sup>, onde elementos como os custos e a reserva do possível deverão ser enfrentados.

Historicamente os direitos subjetivos desenvolveram-se sob a ótica do direito privado, considerando relações jurídicas simples em geral de cunho patrimonial, envolvendo sempre uma relação de direito e dever, tendo como objeto um bem ou interesse em regra disponível<sup>94</sup>.

Nesse aspecto, verifica-se uma relação bastante próxima entre o desenvolvimento do conceito de direito de propriedade e o de direito subjetivo.

Sua teorização em busca de um conceito passou por critérios que enalteciam em um determinado momento à vontade e em outro o interesse do titular em busca da satisfação de uma pretensão ou direito. Tal conceito não se apresenta unívoco mesmo nos dias atuais, havendo, no entanto, uma prevalência sobre a teoria que conjuga os principais elementos acima, à vontade e o interesse na perseguição de algo ou algum direito<sup>95</sup>.

Segundo formulação de José Reinaldo de Lima Lopes,

---

<sup>92</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **E eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 355.

<sup>93</sup> Ibid., p. 355.

<sup>94</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 130.

<sup>95</sup> Ibid., p. 129.

estas concepções modernas de direito subjetivo têm a característica do reflexo: funcionam quando se trata de dois indivíduos, duas partes. A questão se complica quando se trata de falar de direitos, liberdades para a manutenção da vida em geral, não apenas das trocas individuais<sup>96</sup>.

Assim, a concepção acentuadamente privatística de direitos subjetivos que contemplava apenas relações jurídicas entre sujeitos e objetos identificados é deveras inadequado para a compreensão dos direitos fundamentais, em geral relacionados ao direito público com proteção aos direitos coletivos e difusos da sociedade.

No esquema adotado por Luiz Roberto Barroso, o direito subjetivo caracteriza-se pela possibilidade de exigir, considerando a existência de um dever jurídico potencialmente violável, cuja violação é expressamente combatida através de Ações judiciais que irão deflagrar os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado. Abrange, portanto, o esquema dever jurídico, a violabilidade e a pretensão<sup>97</sup>.

Assim, os direitos subjetivos refletem situações jurídicas desfrutáveis imediatamente, sem qualquer obstáculo, e o desfrute dar-se-á mediante prestações positivas ou negativas exigíveis contra o Estado, que tem o dever jurídico de agir ou abster-se. Se violar este dever é conferido ao titular do direito subjetivo a possibilidade de promover uma Ação Judicial para, coercitivamente, obter do Poder Judiciário um pronunciamento acerca da pretensão.

Os conceitos jurídicos, no entanto, são determinados pela sua utilidade. Assumem o conteúdo que os tornem mais úteis às finalidades eleitas. Nesse sentido, faz-se necessário a remodelação do conceito de direitos subjetivos para a operacionalização dos direitos fundamentais e a maximização de sua proteção.

Isto porque na visão restrita do direito privado os direitos subjetivos sempre correspondem a um dever, ou seja, a pretensão ao objeto traz sempre um dever

---

<sup>96</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: O dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120.

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 104.

correlato. No entanto, por vezes nos deparamos com direitos e/ou pretensões que não impõe deveres absolutos, mas nem por isso perdem o seu carácter imperativo.

Além da utilidade, busca-se neste trabalho a natureza do significado, onde o conceito jurídico deve relacionar-se com a verdade ou a falsidade da proposição. Tal ideia é extraída do pensamento filosófico de Isaiah Berlin, para o qual a questão deve submeter-se ao teste do significado em termos da verificabilidade das proposições em que se apresenta<sup>98</sup>.

Para o filósofo,

A visão em voga dizia que o significado de uma proposição era o modo como era verificável – que, se não havia nenhuma maneira de verificar o que estava sendo dito, a afirmação não era passível de ser considerada verdadeira ou falsa, não era factual, e assim ou não fazia sentido, ou constituía o caso de algum outro emprego da linguagem, como encontrado em comandos ou expressões de desejo, na literatura imaginativa ou em outras formas de expressão que não pretendiam afirmar a verdade empírica<sup>99</sup>.

Nesse sentido, busca-se no trabalho a aplicação útil e verificável ao conceito de direitos fundamentais sociais.

Concentrando-se, então, nos direitos fundamentais, que se traduzem em situações jurídicas que envolvem pretensões, têm-se de um lado um indivíduo ou grupo de indivíduos que exige do Estado uma determinada conduta, seja um agir ou uma abstenção, e do outro o Estado que tem o dever de promover esta tutela de acordo com o comportamento previamente exigido.

A essa exigibilidade, como nos ensina Flavio Galdino<sup>100</sup>, chama-se sindicabilidade ou justiciabilidade, que significa a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário para obtenção da tutela da situação jurídica que se reconheça como direito subjetivo do indivíduo.

---

<sup>98</sup> BERLIN, Isaiah. Meu caminho intelectual. In: HARDY, Henry (Org.). **A Força das idéias**. EICHENBERG, Rosaura (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 18.

<sup>99</sup> Ibid., p. 18.

<sup>100</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 145.

Nesse ponto, cuida-se de averiguar se os direitos sociais prestacionais, notadamente custosos, possuem uma plena justiciabilidade capaz de assegurar a sua imediata fruição e gozo, ou são considerados como direitos relativos porquanto geram direito subjetivo apenas e com base nos termos da legislação concretizadora.

Servindo-se dos argumentos contidos nos itens anteriores (II.1, II.2 e II.3) acerca da caracterização dos direitos prestacionais e sua vinculação aos custos, pode-se afirmar que para tais direitos há uma relativização sobre a noção de direito subjetivo.

Como visto, os direitos fundamentais representam situações jurídicas valoradas pelo ordenamento jurídico e dotadas de exigibilidade em face do Estado consoante as limitações reais, notadamente as econômicas e orçamentárias. Deve o Estado, devedor de prestações, conformar a realidade ao dever ser jurídico.

Seria utópico classificar como direito subjetivo um direito de cunho prestacional cuja operatividade somente seria alcançada se o Estado dispuser de recursos orçamentários para efetivá-lo, pois só se reconhece um direito subjetivo se há meios materiais de torná-lo exercitável no campo empírico. Lembre-se da noção de verificabilidade apresentada por Isaiah Berlin (pág.43).

Seguindo tal entendimento,

só se reconhecerá um alegado direito subjetivo como sendo um direito subjetivo fundamental quando, dentre outras condições, houver possibilidade real de torná-lo efetivo, ou seja, quando a análise dos respectivos custos e benefícios autorizar o reconhecimento do direito em questão<sup>101</sup>.

O obstáculo que se coloca para a completa fruição dos direitos prestacionais, ou seja, o elemento que estabelece relatividade aos direitos prestacionais como direitos subjetivos trata-se da reserva do possível.

---

<sup>101</sup> Ibid., p. 343.

Trata-se a reserva do possível de um limite fático e jurídico à efetivação judicial ( e até mesmo política) de direitos fundamentais<sup>102</sup> e não apenas sociais prestacionais, até porque, como vimos, os direitos a liberdade também demandam custos para sua efetivação.

Ou na visão de Ana Paula de Barcellos, a “expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas”<sup>103</sup>.

A reserva do possível vai incidir diretamente sobre a problemática da efetividade dos direitos fundamentais, em todas as dimensões, e deverá ter sua aplicação diferenciada de acordo com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas relacionadas a políticas públicas sociais.

Mesmo operando sobre todos os direitos fundamentais, é certo que o limite da reserva do possível apresenta-se mais relevante ao deparar-se com os direitos prestacionais sociais dado a sua dimensão econômica. Os custos exigidos para a realização dos direitos prestacionais sociais refletem diretamente no âmbito de sua eficácia e efetividade, eis que a entrega das prestações subordinam-se a utilização de recursos que, nos dizeres de Gustavo Amaral, são escassos<sup>104</sup>.

Assim, se o direito subjetivo gera despesas, o limite da reserva do possível deverá ser considerado. Considerá-lo, porém, não significa impedir de forma absoluta a fruição de tais direitos. Sobre este tema voltaremos a tratar.

Por ora, é possível concluir que os direitos prestacionais sociais, entendidos aqui como direitos a prestações fáticas e materiais que devem ser criadas, fornecidas e distribuídas pelo Estado, são direitos subjetivos submetidos a uma relativização na medida em que a sua justiciabilidade condiciona-se a reserva do possível e até mesmo a atividade legislativa integradora caso a norma definidora do direito

---

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **E eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 357.

<sup>103</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236.

<sup>104</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 133 e et seq.



fundamental contenha baixa densidade normativa. Sobre esta expressão voltaremos a nos pronunciar no item II.5.1.

Isto não significa, porém, que a norma perderá o caráter de direito subjetivo no sentido de designar situações jurídicas exigíveis cujo desfrute corresponde ao dever jurídico do Estado em adimplir prestações positivas.

Como bem acentuou Luís Roberto Barroso, o vocábulo direito recebeu conteúdo variável e pode gerar efeitos diversos sobre as normas apreciadas. Segundo o constitucionalista,

direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe. Tampouco poderá invocar a não-imperatividade ou ausência de caráter jurídico que o confere<sup>105</sup>.

Assim, as normas que definem direitos prestacionais sociais, a despeito dos custos para a completa efetivação e das disponibilidades orçamentárias, encerram direitos subjetivos eis que criam um dever jurídico para o Estado, uma conduta positiva, cuja não realização somente será admitida ante a inequívoca demonstração da impossibilidade material em fazê-la.

Solução interessante apresentada para este tema, ou seja, a inclusão dos custos no estudo dos direitos subjetivos foi delineada por Flávio Galdino ao adotar o conceito pragmático de direito subjetivo fundamental<sup>106</sup>.

Nesse sentido, acolhendo a tese da positividade de todos os direitos sustentada por Sunstein e Holmes, cuja adesão foi informada no tópico anterior (II. 3), afirma-se que os custos devem influir na conceituação dos direitos e principalmente nos direitos fundamentais, cuja efetividade deve conviver com o problema da escassez.

---

<sup>105</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 116.

<sup>106</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 336.

Segundo Flavio Galdino, que também adere à sugestão dos doutrinadores norte-americanos,

dizer que todos os direitos são positivos nos conduz a conclusão de que a positividade é um elemento comum a todos os direitos fundamentais. Se é um elemento comum a todo direito fundamental, correto incluir também esse elemento na formulação conceitual, notadamente por se tratar de um elemento relevantíssimo, que propriamente condiciona o reconhecimento de uma situação concreta como de um direito fundamental<sup>107</sup>.

Assim, para Galdino, os custos devem ser trazidos para dentro do conceito de direito subjetivo<sup>108</sup>, com o total abandono da visão privatística que marcou o estudo inicial dos direitos subjetivos.

Nesse sentido, a reconstrução pragmática da noção de direito subjetivo defendida por Galdino após a leitura de Sunstein e Holmes, propõe trazer os conceitos jurídicos para a realidade, com a inclusão dos custos no conceito de direitos fundamentais para tornar verificável no campo empírico um direito subjetivo de cunho social, antes apenas positivado no ordenamento.

A visão pragmática busca, portanto, aproximar o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

## II.5 NORMAS CONSTITUCIONAIS.

Nos dias atuais não mais se questiona a juridicidade e a vinculatividade das normas constitucionais. Todas são dotadas de imperatividade e o dever jurídico decorrente pode ser exigido até mesmo coativamente.

Como acentua Luís Roberto Barroso:

---

<sup>107</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 339.

<sup>108</sup> Ibid., p. 235.

As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais desta, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua não observância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não são apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico<sup>109</sup>.

As normas constitucionais são, portanto, normas jurídicas que pretendem produzir coativamente determinados efeitos concretos, ou seja, aproximar o conteúdo positivo da norma ao mundo real.

Segundo entendimento de Ana Paula de Barcelos, “de acordo com a moderna teoria da norma, o elemento essencial do direito, e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade dos efeitos propostos”.<sup>110</sup>

Todavia, vale ressaltar que nem todas as normas que compõem uma Constituição são dotadas da mesma densidade normativa, estrutura e função, o que importa dizer que a sua vinculatividade pode operar-se de forma e em níveis diferenciados.

É o que Sérgio Moro chama de densidade insuficiente das normas constitucionais, que por revestirem-se de elevada abstração e abertura, e logo amplas,

têm sido postas como obstáculos ao desenvolvimento e efetivação judicial da Constituição, principalmente em relação a princípios, programas ou a normas de direitos fundamentais a prestações materiais, os mais carecedores de regulamentação por normas infraconstitucionais<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 72.

<sup>110</sup> BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 31.

<sup>111</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 87.

É certo que o grau de densidade das normas constitucionais, sendo maior ou menor, influenciam na aplicação da norma sobre as situações verificadas no mundo real. Porém este obstáculo deve ser interpretado com reservas, pois ele não é intransponível. Voltaremos a tratar deste assunto.

Assim, a imperatividade como força normativa das disposições constitucionais não possui o mesmo nível ou teor de aplicabilidade.

A aplicabilidade da norma esta relacionada à sua eficácia, como bem esclarecido por José Afonso da Silva.

Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspecto talvez de um mesmo fenômeno, encarados sob prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade<sup>112</sup>.

A aplicabilidade, portanto, relaciona-se com a capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos o que será sentido no mundo real ao se executar os efeitos normativos no mundo fático.

Porém a aplicabilidade, apesar de ser comum a todas as normas constitucionais, apresenta-se de forma distinta sobre cada espécie de norma constitucional.

Seguindo a classificação de José Afonso da Silva delineadas em seu trabalho monográfico intitulado *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*<sup>113</sup>, temos as normas constitucionais de eficácia plena, as normas constitucionais de eficácia contida e as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras são compostas por normas que comportam situações jurídicas de fruição imediata, pois contemplam normas que desde a entrada em vigor da Constituição produzem

---

<sup>112</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1999. p. 60.

<sup>113</sup> Ibid., p. 63-163.

ou tem a possibilidade de produzirem todos os efeitos essenciais visados pelo legislador que as dotou de densidade normativa suficiente para tal<sup>114</sup>.

Tais normas possuem claramente definidas o objetivo, os respectivos meios de consecução, e a matéria que lhe constitui o objeto, o que permite a aplicação direta da norma sobre o fato.

Já as normas constitucionais de eficácia contida têm em comum com as primeiras o fato de incidirem imediatamente sobre o objeto da norma, com produção de efeitos, porém contemplam meios ou conceitos indeterminados que reduzem sua eficácia a certos limites ou situações previstas na norma, ou seja, os efeitos pretendidos não são integrais<sup>115</sup>. Por fim, as normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que

não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado<sup>116</sup>.

São, pois, “normas constitucionais de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante legislação integrativa<sup>117</sup>”. Logo, possuem incidência reduzida com aplicabilidade indireta e mediata sobre os interesses que pretende tutelar.

E dentre as normas constitucionais de eficácia limitada temos as normas programáticas que estabelecem programas constitucionais de ação social a serem desenvolvidos mediante ação integrativa dos Poderes instituídos que serão objeto deste estudo.

---

<sup>114</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1999. p 82.

<sup>115</sup> Ibid., p. 82.

<sup>116</sup> Ibid., p. 82-83.

<sup>117</sup> PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 58.

Antes do estudo das normas programáticas, vale acentuar outra diferença apontada por José Afonso da Silva no que tange ao conceito de eficácia eis que se adota nesse trabalho posição sobre os diferentes enfoques.

O citado constitucionalista toma tal expressão em dois sentidos: a eficácia social e a eficácia jurídica. Por eficácia social “designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada”<sup>118</sup>.

Colaborando com o conceito de eficácia social, destaca-se a posição de Hans Kelsen que corresponde, distinguindo-a do conceito de vigência da norma, “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”<sup>119</sup>.

Também Luis Roberto Barroso aponta sobre a eficácia social da norma, atribuindo-a a nomenclatura técnica de “efetividade” a qual se adota neste estudo. Segundo o constitucionalista, a eficácia social, ou efetividade, significa, “a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social”<sup>120</sup>, ou ainda “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”<sup>121</sup>.

A eficácia jurídica, por seu turno, refere-se a capacidade de produção de efeitos, ou melhor, a possibilidade de aplicação jurídica da norma<sup>122</sup>. A norma eficaz juridicamente tem a capacidade de produzir em maior ou menor grau efeitos jurídicos ao regular situações e comportamentos.

Se os objetivos da norma forem alcançados no mundo real, empiricamente constatado, temos a efetividade da norma, ou seja, alcance do produto final

---

<sup>118</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 65.

<sup>119</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. MACHADO, João Batista. (Trad.). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 11.

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 85.

<sup>121</sup> Ibid., p. 85.

<sup>122</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 66.

idealizado pelo legislador constituinte ou não. Corroborando este entendimento, afirma Jose Afonso:

Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer<sup>123</sup>.

Assim a norma terá eficácia jurídica se tiver condições de aplicabilidade. Ao produzir concretamente seus efeitos, ou seja, fazer operar sua força no mundo dos fatos, a norma passa a dispor de eficácia social ou efetividade.

Ocorre, por vezes, que o conteúdo e a estrutura de certas normas constitucionais não permitem a produção imediata dos efeitos jurídicos e sociais, o que pode se dar em razão da falta de uma legislação integradora que impede a completude da norma e, por conseqüência, a sua plena eficácia. Daí porque se afirmou em linhas anteriores que a imperatividade ou força coativa da norma constitucional têm diferentes níveis de aplicabilidade e fruição.

O estudo proposto prende-se ora a eficácia jurídica da norma, dado as potencialidades de efetivação dos direitos sociais, ora a efetividade social, considerando a entrega de prestações positivas para o alcance de tal modalidade de direitos.

## II.5.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS.

Como se viu o desenvolvimento e a efetivação judicial das normas de direito fundamental enfrentam obstáculos diferenciados, de acordo com a específica natureza que cada uma ostenta. Essas diferenças serão potencializadas ao tratarmos dos direitos fundamentais, notadamente os direitos prestacionais sociais.

---

<sup>123</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 66.

Como afirmado acima (item II.1), este estudo, seguindo a classificação de Robert Alexy, trata dos direitos a prestações materiais que serão efetivados por prestações fáticas que assegurem condições materiais para a fruição plena da liberdade.

As normas programáticas, frutos do Estado Social (Welfare State) moderado, fizeram incorporar na categoria dos direitos fundamentais, como as liberdades públicas tão em foco no Estado Liberal, os direitos sociais envolvidos em normas de conteúdo ético-social as quais passam a disciplinar programas de ação estatal intervencionista.

A mudança de paradigma – Estado Liberal para Estado Social – repercutiu drasticamente na transformação do Estado que abandonou uma postura inerte para tornar-se intervencionista. E o Estado intervencionista traduziu-se no campo constitucional através da incorporação de preceitos de política econômica e social, com programas de ação voltados a proteger os indivíduos das distorções econômicas decorrentes da prática dessas políticas altamente excludentes.

Nesse sentido, o Estado deveria interferir na vida econômica, social e cultural dos indivíduos através de prestações positivas e políticas públicas que visam assegurar a segurança social do trabalhador, seja através de um salário digno, da liberdade de associação sindical, à participação nos lucros da empresa, entre outros.

As constituições tornam-se dotadas de conteúdo social, ou seja, passam a contemplar dispositivos que definem fins e programas do Estado para a consecução da proteção social do trabalhador. Porém, nos dizeres de Regina Maria Macedo Nery, as constituições passam a dirigir as ações do Estado,

o que nem sempre tem sido veiculado mediante normas precisas, dotadas de todos os elementos necessários para incidir; ao contrário, no mais das vezes, o enunciado de suas normas é dotado de grande imprecisão, o que vem comprometer sua eficácia e aplicabilidade<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 157.



Esse modo de regular a atividade estatal, ou seja, a indicação de programas e fins sociais inseridos em normas de grande imprecisão, como esquemas genéricos a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários é o que José Afonso da Silva denomina de “normas constitucionais de princípio programático”<sup>125</sup>.

Como conceito, concebe-se as normas programáticas

como aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programa das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.<sup>126</sup>

Ou ainda, no dizer de Pontes de Miranda,

regras jurídicas programáticas são aquelas que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à função legislativa.<sup>127</sup>

Ainda a nível conceitual Vezio Crisafulli afirma que tais normas

ao invés de regularem, desde o primeiro momento, de modo direto e imediato, determinadas relações e situações (às quais, entretanto, se referem) regulam comportamentos públicos destinados por sua vez a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem que os agentes governamentais deverão ou poderão fazer (e, inversamente, o que não poderão fazer) relativamente a determinadas matérias.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 137.

<sup>126</sup> Cf. J. H. Meirelles Teixeira. Curso de Direito Constitucional. p. 324, apud SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 138.

<sup>127</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Título I. p. 126-127, apud PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 136.

<sup>128</sup> CRISAFULLI, Vezio. La costituzione e le sue disposizioni di principio. Milão: Giuffrè, 1952. p. 102-104 e p. 19. In: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 178-179.

Assim, as normas programáticas são normas jurídicas onde o legislador não regula imediatamente um objeto ou interesse certo, mas estabelece para si ou para particulares um programa de ação para dar aplicabilidade àquele objeto, do qual não poderão afastar-se.

Ainda nesse aspecto, o tipo normativo onde estão inseridas as normas programáticas define os fins sem mencionar os pressupostos de fato, ou seja, não dizem como e quando se deve atuar para o atingimento do fim prescrito na regra. Não define a conduta a ser seguida para a obtenção da satisfação do bem jurídico, dotando o Administrador de ampla margem de discricionariedade para escolher os meios adequados para consumir-se o fim.

Dessa forma, as matérias referidas em tais normas não têm eficácia imediata, pois se compõem de princípios e programas de ação que, no entanto, são imperativos aos Poderes Públicos que têm liberdade em adotar condutas e comportamentos para o alcance dos fins programados. Assim, os meios são diversos, mas a discricionariedade na escolha da conduta não contempla o não fazer.

As normas programáticas localizam-se principalmente entre os direitos sociais tratados nas Constituições contemporâneas, marcadas pelo compromisso do Estado Social Intervencionista. Além disso, as normas constitucionais programáticas revelam as tendências socioculturais de uma determinada comunidade, eis que projetam a identidade dessa comunidade e a sua conformação político-social<sup>129</sup>.

Vale acentuar que não mais se discute sobre o valor jurídico das normas programáticas, que é igual aos das demais normas da Constituição. São vinculantes em consequência da sua fonte formal que é a Constituição. Não se questiona a imperatividade das normas programáticas, mas sim a sua efetividade.

Nesse sentido, por traduzirem programas sociais de conteúdo subjetivo e sem aplicação imediata, muito se discutiu na doutrina sobre o problema da eficácia das normas constitucionais programáticas, valendo em um primeiro momento a visão de

---

<sup>129</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 170.

que tais normas, por dependerem da emissão de uma normatividade futura, não sejam autêntico direito de imediata aplicação. Ou como concebido por Canotilho que as entende como “linhas programáticas dirigidas ao legislador, e não como autênticas normas jurídicas imediatamente preceptivas e directamente aplicáveis pelos tribunais ou quaisquer outras autoridades”.<sup>130</sup>

A crítica valeu-se também da idéia de que as normas programáticas não criam para o indivíduo um direito subjetivo na versão positiva, mas apenas um direito subjetivo no aspecto negativo, posto que ao cidadão somente compete exigir uma atuação negativa do legislador no sentido de não editar normas que contraponham ao programa de ação<sup>131</sup>.

Tal idéia de inoperância agrava-se ainda em razão de incorporar normas definidoras de direitos sociais, notadamente de caráter abstrato e incompleto, com densidade normativa baixa.

Mas é exatamente sob essa premissa – normas que definem direitos fundamentais sociais – que vem tomando força uma nova visão sobre a eficácia das normas programáticas, considerando-se um compromisso assumido nas constituições liberais entre as forças políticas e as reivindicações populares.

O Estado Liberal individual, em repúdio ao Estado Absolutista, e fundado na programa político do *laissez faire* que propugnava por uma igualdade formal, positivou nas Constituições liberais os direitos fundamentais destacando-se entre eles os direitos econômicos, sociais e culturais dando um primeiro passo a solidificação de um compromisso entre os Poderes Públicos e as camadas populares.

Tal compromisso tornou-se mais evidente no Estado Social Intervencionista e atualmente no Estado Democrático de Direito onde convivem normas e princípios

---

<sup>130</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 177, apud SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 139.

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 103.

imperativos que formam o sistema jurídico voltado ao bem estar social.

No exemplo constitucional brasileiro, destacando a Constituição de 1988, temos princípios informadores da ordem econômica – função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, busca do pleno emprego - que se harmonizam para a realização da justiça social e para assegurar a dignidade da pessoa humana, que é o princípio norteador das atividades dos Poderes constituídos.

Nesse sentido, por consagrar direitos fundamentais, as normas de direitos sociais, vistos agora como norma jurídica de caráter imperativo, não mais podem ser vistas como meros programas de atuação legislativa ou executiva, mas sim como princípios impositivos e coercitivos da ordem econômica e social.

Sem dúvida, há vinculação da atividade estatal (executivo, legislativo, judiciário) ao conteúdo das normas programáticas, inobstante o fato de que estas, por vezes, necessitam de normatização posterior.

Com efeito, o fim indicado pela norma programática cria um dever para o Estado, ou mesmo para o particular, e sua inobservância importará no descumprimento da norma. Os direitos à saúde, assistência social e educação, por exemplo, tratados respectivamente nos artigos 196, 203 e 205 da Constituição Federal de 1988, não deixam de criar um dever jurídico para o Estado mesmo se não adotados os meios materiais e institucionais indicados no texto constitucional. Assim, criam um direito subjetivo mesmo que o grau de eficácia seja reduzido.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso,

modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e a acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia. É puramente ideológica e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe a efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exeqüibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas políticas mais recentes, como se vê do artigo 2º da Constituição Portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.”<sup>132</sup>

Assim, por definir direitos fundamentais sociais, a programaticidade passou a admitir efetividade, sujeita, no entanto, a uma certa dose de discricionariedade do legislador que por vezes precisa ser acionado para integrar a norma que necessite de complementação legislativa para tornar-se efetiva e apta a produzir efeitos concretos.

Sobre o tema, válida a contribuição de Vezio Crisafulli que lhes sustentou a juridicidade (e a eficácia, ainda que reduzida), argumentando que enunciam verdadeiras normas jurídicas e, por isso, são tão preceptivas como as outras; regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre as matérias que lhes são objeto, sendo, nesse limite, vinculantes, como consequência da eficácia formal prevalecente da fonte (a constituição), no que respeita as leis ordinárias, pelo que estas, se anteriores e contrárias, ficam invalidadas; se posteriores e conflitantes, são inconstitucionais<sup>133</sup>.

Assim, incumbe ao Estado observar e atender o comando diretivo da norma programática, cuja adesão não é facultativa, mas, ao contrário, obrigatório e vinculativo, e a sua inobservância gera até mesmo a inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>132</sup> BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 1993. p. 100, apud PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 63.

<sup>133</sup> CRISAFULLI, Vezio. La costituzione e le sue disposizioni di principio. Milão: Giuffrè, 1952. p. 52. In: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p. 173.

Para Canotilho, citado por José Afonso da Silva, as normas programáticas regulam comportamentos públicos e são tão eficazes como qualquer outra norma. A sua disciplina [acrescenta] “é obrigatória e as diretivas por ela definidas, longe de serem meros convites para legislar, assumem o carácter de verdadeiras imposições constitucionais de ‘actividade legiferante’ “<sup>134</sup>.

Nesse sentido, os comandos e fins positivados em normas programáticas são imperativos e a fonte desta imperatividade é a própria Constituição. Se as providências institucionais para a completa realização dos objetivos destas normas não forem tomadas, deve-se fazer uso dos instrumentos processuais como a inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção. Mas isso não retira a eficácia destas normas, admitindo-se, contudo, um grau menor de eficácia, ou um mínimo de eficácia, dado a vinculação a uma normatização futura.

Abandonando, portanto, a teoria clássica e aderindo a teoria contemporânea, as normas programáticas deixam de ser encaradas como simples programas, declarações, promessas futuras ou apelo ao legislador, passando a ter valor jurídico imperativo idêntico a outras normas da Constituição, até porque encerram direitos fundamentais sujeitos ao princípio da máxima efetividade (Art. 5º, § 1º, CF/88).

Ainda como rebate a crítica da ineficácia, finaliza José Afonso da Silva:

Qualquer que seja, porém, a expressão utilizada, o certo é que sua vinculatividade vem sendo mais e mais reconhecida. Significa que o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos.<sup>135</sup>

Nesse sentido, se for ferida a prospecção futura em relação ao comportamento do Poder Legislativo ao editar leis integradoras, manifesta-se inconstitucional a lei

---

<sup>134</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 178, apud SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 144.

<sup>135</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 155.

criada, estabelecendo um dever de agir para o legislador ordinário no que tange ao conteúdo da norma a ser criada.

Como síntese do pensamento acima manifestado, o conteúdo das normas programáticas, que estabelecem programas de ação governamentais e direitos subjetivos a prestações públicas não afeta ou descaracteriza a sua natureza jurídica que é de norma constitucional imperativa. A sua especificidade vai influir apenas no grau de eficácia das situações jurídicas por ela geradas, considerando ainda a discricionariedade do legislador ao editar as normas integrativas.

De qualquer forma a eficácia, mesmo reduzida, das normas programáticas cria situações jurídicas subjetivas aos potenciais beneficiários das normas, que poderão ser consagradas em decisões judiciais onde os aplicadores poderão fazer uso de métodos ou processos de integração das normas como a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito e a equidade. Ou, no dizer de Sérgio Moro, os elementos não-textuais<sup>136</sup> a que o juiz pode recorrer.

Fala-se, portanto, em processo de concretização legislativa e concretização judicial. Os juízes devem atuar no trabalho de conferir máxima efetividade às normas constitucionais de cunho programático, libertando-se de certas noções arraigadas de atuar dentro de limites do razoável.

No tocante a crítica sobre a ausência de imposição de um direito subjetivo positivo, vale tecer alguns comentários.

Na visão tradicional do direito privado o direito subjetivo comporta uma exigência plena, imediata e direta do cumprimento de um dever jurídico. Corresponde o direito subjetivo ao poder de ação que, com base no direito objetivo, destina-se à satisfação de um interesse tutelável pelo Poder Judiciário.

---

<sup>136</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 88.

Nesse ponto repousa o problema ora enfrentado. Os preceitos jurídicos, os fins e programas trazidos pelas normas programáticas estabelecem para o Estado o dever de realizar certas atividades, ou seja, configuram ou não um direito subjetivo?

Não há dúvidas em aceitar que em face das normas programáticas pode ser identificado um direito subjetivo negativo ao impor ao Poder Público ou aos particulares a abstenção da prática de atos contrários aos “programas de ação” ditados pela norma.

Como as normas programáticas não prescrevem uma conduta para a obtenção do bem jurídico descrito na regra não existe um dever jurídico correspondente a um direito subjetivo. Segundo Luís Roberto Barroso,

delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva de exigir uma determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo “negativo” de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames<sup>137</sup>.

Nesse sentido como as normas programáticas não definem de modo suficiente o conteúdo ou a extensão do interesse, a eficácia conferida seria de invalidar os comportamentos e condutas do Estado contrárias aos fins previstos no direito objetivo gerando, portanto, um dever de abstenção, ou seja, um direito subjetivo exclusivamente na versão negativa.

O direito subjetivo negativo corresponde ao efeito negativo das normas programáticas, onde a exigência imposta seria de paralisar a eficácia de toda a disposição normativa contrária aos princípios e fins por elas preordenados.

Porém outras situações jurídicas podem ser extraídas das normas programáticas. É possível obtermos direitos subjetivos também na versão positiva, investindo os jurisdicionados em prestações positivas desfrutáveis de forma direta e imediata, carecendo ou não a norma de regulamentação integrativa.

---

<sup>137</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 1993. p. 121.



Afirma-se, portanto, que ao lado da eficácia negativa característica das normas programáticas, verifica-se situações jurídicas plenamente sindicáveis, podendo o jurisdicionado exigir do Estado a entrega de prestações materiais positivas, numa perfeita relação de direito e dever jurídico correlato que caracteriza o direito subjetivo.

Situa-se, a título de exemplificação, o caso do artigo 196 da Constituição Federal de 1988 que afirma que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, e o artigo 205 do mesmo diploma ao afirmar que: “A educação, direito de todos e dever do Estado”. Em tais dispositivos o próprio legislador constituinte estabeleceu um dever jurídico para o Estado, qual seja o cumprimento das tarefas saúde/educação, criando aos beneficiários da norma um direito subjetivo público de exigibilidade imediata.

É claro que do ponto de vista estritamente gramatical, “é inegável que o art. 196 da Constituição possui pouca densidade, na medida em que deixa de definir aspectos importantes do direito que parece instituir: sujeito passivo, prioridades, extensão da saúde assegurada, custeio etc.”<sup>138</sup>.

Porém, também é verdade que mesmo normas programáticas podem ter um núcleo sindicável positivo. Sobre o tema da saúde trataremos em capítulo distinto.

Ademais, não importa se as normas constitucionais acima necessitam ou não de complementação legislativa. O acesso à educação e a saúde, como outros direitos fundamentais, constituem expressão da dignidade da pessoa humana devendo a obrigação estatal ser concretizada quer através do oferecimento de vagas em instituições públicas ou, na falta, em instituições privadas.

Registra-se ainda em relação à educação a previsão do artigo 208, § 1º da Constituição Federal que taxativamente classifica o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo.

---

<sup>138</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 210.

O mesmo não se pode dizer em relação às normas programáticas previstas no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que estabelecem os princípios da ordem econômica como a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego.

Os princípios insertos neste dispositivo asseguram proteção geral, de forma indivisível a todos que estão submetidos à força hierárquica da Constituição, sem qualquer delimitação quanto ao objeto ou extensão da norma. Assim, conferem proteção a interesses gerais e não outorgam direitos subjetivos aos beneficiários que apenas poderão fazer uso desta norma para assegurar que políticas ou programas desenvolvidos pelos Poderes Públicos em favor da ordem econômica sigam estritamente os princípios ditados pelo legislador constituinte. Trata-se da eficácia negativa das normas programáticas.

Assim, quando a norma programática cuidar de um simples programa, uma orientação aos Poderes constituídos, ou uma ação futura, haverá a possibilidade do exercício de um direito subjetivo apenas na versão negativa, isto é, a exigibilidade opera-se no sentido de exigir que órgãos estatais não atuem de forma contrária a diretriz traçada pelo legislador.

Porém se a norma, apesar da natureza programática, cria um dever de agir ao Estado, obrigando-o a fazer a entrega de prestações materiais aos particulares, mesmo custosas, o direito subjetivo impõe-se até mesmo como forma de assegurar a vida com dignidade. Tal afirmação refere-se às normas constitucionais que disciplinam o direito a saúde e a educação.

Por fim, a crítica sobre a inoperância das normas programáticas repousa ainda no fato das normas que a consagram são dotadas de conceitos jurídicos indeterminados, com densidade normativa baixa.

Este argumento, como os demais acima refutados, não têm caráter absoluto e não retira a imperatividade das normas e tampouco a sua eficácia.

José Afonso da Silva trata do tema e afirma ser um grande problema a busca de mecanismos constitucionais para superar o caráter abstrato e incompleto das normas programáticas, posto que se utilizando de termos vagos, genéricos, fluidos, podem criar óbices à sua concretização, tornando-se inoperantes na prática<sup>139</sup>.

A nossa constituição é rica em conceitos indeterminados como vida digna, bem estar, justiça social, desenvolvimento econômico e social, interesse público, boa fé, dentre outros, cuja aplicação por vezes é tormentosa trazendo problemas a eficácia das normas que as contém. Como dito por Canotilho, os conceitos vagos, abstratos constituem a “indeterminabilidade semântica dos documentos constitucionais programáticos”<sup>140</sup>.

Vejam-se exemplos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

O direito à saúde (artigo 196, CF), segundo o qual “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas (...)” não dispõe se a atividade positiva do Estado deve basear-se em medidas preventivas e curativas, ou só curativas, e também não esclarece se a assistência pública deve ser gratuita aos reconhecidamente pobres ou também aos que dispõe de recursos;

Outro caso de imprecisão diz respeito ao direito a moradia previsto no caput do artigo 6º, da CF: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, [...]”

Ora, como realizar o direito a moradia? Através da construção e distribuição de moradias construídas e mantidas pelo Estado; ou mediante subsídios a serem aplicados sobre os preços de moradias; ou subsídios à locação; quais os critérios para definir quem serão os beneficiados: os pobres (como definir a linha de pobreza?); ou quem não dispõe de imóvel próprio; ou quem vive em abrigos, etc.

---

<sup>139</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 140.

<sup>140</sup> CANOTILHO, Constituição dirigente e a vinculação do legislador : contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 435. In: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 201.

Porém, mesmo que os conceitos sejam fluidos, abstratos, o que dificulta a obtenção de seu significado, é certo que eles protegem um conteúdo mínimo. A utilização de conceitos indeterminados não retira a eficácia das normas programáticas, mas podem pontuar dúvidas sobre a sua extensão normativa.

Mesmo que se admita que interesse público, pobreza, dignidade da pessoa humana podem ter uma certa dose de imprecisão, é certo que tal fato não retira o sentido da norma. Ora, conceito vago não significa dizer que o mesmo não possui especificação legal.

Esses conceitos são comuns em regras e normas que definem direitos sociais (direitos de todos, dever do Estado), mas todos eles desfrutam de um núcleo significativo estreme de dúvidas.

Falar em dignidade da pessoa humana significa dizer que todos devem ter uma vida digna, e o Estado deve propiciar essa condição por uma infinidade de medidas. Essa opção é tarefa política, mas todas elas devem conduzir a uma vida com dignidade, quer através do acesso a saúde, à educação, ao trabalho, a moradia.

Da mesma forma não é difícil identificar o núcleo da expressão “pobreza”, quando se diz que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios combaterem as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X, CF/1988).

Ora, o cidadão que vive em abrigos públicos porque não tem casa, ou que pratica a mendicância por não ter emprego certamente é pobre e está no núcleo da expressão “pobreza” sendo, portanto, credor de programas do Estado de assistência aos desamparados.

De forma idêntica, quando se afirma que a saúde e a educação são direitos de todos e dever do Estado, não tem muita relevância no que tange a eficácia da norma identificar se a expressão “todos” refere-se apenas aos pobres ou também a quem tem recursos.

A regulamentação dos meios para atingir o fim colimado realmente é tarefa legislativa, sendo o cidadão credor de tal atividade. Mas, como dito, o Estado não pode deixar de agir sob o argumento de que a imprecisão dos termos torna inoperante a norma.

Mesmo as normas que contém termos imprecisos e vagos possuem um núcleo perfeitamente sindicável, a partir do qual o legislador deve agir se a norma exigir uma integração. Mas isso não afeta a eficácia jurídica da norma. Apenas torna necessária a regulamentação para melhor definir seu objeto e sua abrangência.

Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, a imprecisão ou fluidez das palavras utilizadas em certos dispositivos constitucionais não

lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo inuvidoso de sua significação. Supor a necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar a lei mas força que a Constituição. É puramente ideológica – e não científica – a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluidos<sup>141</sup>.

Ademais, a utilização de termos ou conceitos jurídicos indeterminados tem sua importância na medida em que permitem a abertura da Constituição e refletem, de acordo com um determinado momento histórico, “os valores essenciais de uma sociedade, conferindo elasticidade ao ordenamento constitucional, [...]”<sup>142</sup>.

Assim, imprecisão e fluidez há, mas tais defeitos não são absolutos ao ponto de negar a aplicação da norma. Ademais, dentro de um sistema jurídico dotado de regras, princípios, valores, uma norma não pode ser interpretada isoladamente, mas sim em conjunto com as demais normas, de forma sistemática, de onde vai se extrair um mínimo de significado às palavras vagas.

---

<sup>141</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 57-58, p.245, 1981.

<sup>142</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 204.

Nesse ponto cabe ao Poder Judiciário verificar se este mínimo foi observado, e se a interpretação dada ajusta-se ao fim determinado pela norma programática. Alerta-se novamente para o compromisso do Poder Judiciário em aplicar as normas de acordo com a máxima efetividade que deve ser conferida às normas que ditam direitos fundamentais.

A fruição de direitos subjetivos positivos através de normas programáticas torna-se ainda mais complexa e de difícil solução ao considerar-se que o maior número delas incorpora direitos sociais, cuja realização depende de prestações fáticas e sujeitas ao obstáculo da reserva do possível.

Como enfrentamento ao tema acima, cuida-se agora do direito social “saúde” tratado no artigo 196 da Constituição Federal de 1988 que, como visto acima, encerra norma programática dotada de eficácia positiva e que cria para o destinatário da norma um direito público subjetivo.

## CAPÍTULO III – A SAÚDE PÚBLICA.

### III.1 DIREITO SOCIAL SAÚDE.

A questão do acesso à saúde é um problema sabidamente verificado no Brasil. Aliás, é um problema muito mais político do que jurídico, pois envolve temas como políticas públicas, orçamentos, alocação de despesas, escolhas trágicas, discricionariedade dos Governos, dignidade da vida humana.

Principalmente em países subdesenvolvidos este problema apresenta-se bastante nítido, onde a desigualdade social que lança seus raios de ação em todas as esferas da sociedade faz com que a parte pobre da sociedade sofra com doenças da miséria como a febre amarela, cólera, malária, dengue.

Como registro vale destacar que no Brasil a busca da tutela judicial para obtenção de tratamento de doenças e fornecimento de medicamentos tornou-se crescente a partir do advento da AIDS<sup>143</sup> passando os Tribunais dos Estados da Federação, a partir do final da década de 90, emitirem pronunciamentos de conteúdo diversos, ora atribuindo a saúde um caráter de norma programática de eficácia limitada, negando o dever estatal, ora reconhecendo na norma do artigo 196 da Constituição Federal de 1988 um direito subjetivo realizável mediante a outorga de prestações materiais positivas.

Assim, centralizam-se no direito à saúde as questões tratadas nos capítulos acima, ou seja, faz-se a identificação da norma jurídica que estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF), com os elementos “direito prestacional social”, “norma programática”, “direito subjetivo” e “reserva do possível”.

---

<sup>143</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 201.

Colocada no Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo II - da Seguridade Social, e na Seção II - Da Saúde, se insere o art. 196, que dispõe: “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”.

A saúde é ainda caracterizada pelo art. 6º da Constituição como um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e a assistência aos desamparados.

O art. 1º, por sua vez, ao inaugurar o texto constitucional, traz em seu inciso III a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, a qual tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, na forma do inciso I do art. 3º. Em suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil, a teor do art. 4º, II, da CF/88, também se compromete com a prevalência dos direitos humanos.

Ademais, entre os Direitos e Garantias Fundamentais, o art. 5º, *caput*, assegura expressamente a inviolabilidade do direito à vida, com proteção reforçada por se tornar cláusula pétrea, consoante o disposto no art. 60, § 4º, IV.

Conjugando-se, portanto, o direito à vida e a proteção da dignidade da pessoa humana, frutifica certamente o direito à saúde, caracterizado como direito social inserido no Capítulo da Ordem Social e com previsão central no artigo 196 acima transcrito.

Tendo, portanto, a Constituição Federal de 1988, reconhecido o direito à saúde como direito fundamental, é possível afirmar que as normas que a garantem têm aplicação imediata, na forma do § 1º do art. 5º do próprio texto constitucional. Esse entendimento decorre da própria concepção de normatividade direta da Constituição, e aplica-se também no exame das normas programáticas que possuem densidade normativa suficiente para a sua fruição, como é o caso do direito a saúde.



É preciso ainda situar o tema dentro do quadro da seguridade social, que é o termo amplo que descreve, na forma do art. 194 da Constituição Federal de 1988, o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Nesse sentido, saúde, previdência e assistência social são espécies que descreverão ações, políticas e serviços distintos, com o fim de dar cumprimento aos objetivos gerais da seguridade social descritos no parágrafo único do art. 194.

Esta seção é aberta pelo artigo 196 que dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Logo, define seus titulares e quem é o responsável por suas prestações positivas. Além disso, o dispositivo deixa claro os meios de atuação genérica para dar cumprimento ao aludido direito social – realização de políticas sociais e econômicas -, e ainda estabelece o objetivo e a finalidade da norma que é promover a redução do risco de doença (prevenção) e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (saúde curativa).

O art. 198, por sua vez, esboça, em linhas gerais, a forma de organização do sistema, quando determina que as ações e os serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado com observância das seguintes diretrizes: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo - o que impõe responsabilidade a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais – novamente o caráter preventivo; com (iii) participação da comunidade, visto com um direito relacional e não de cunho individual.

Este mesmo dispositivo, em seus parágrafos, define algumas regras sobre o financiamento do sistema único de saúde, impondo obrigações a todos os entes da federação, o que guarda sintonia com o princípio federativo - art. 1º, da CF/88.

A seguridade social, portanto, compreendendo direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social, recebeu do legislador constituinte a densificação normativa suficiente para operar e produzir efeitos no mundo fático. Logo, sobre tais dispositivos não há como atribuir-lhes as característica de normas programáticas de

eficácia limitada que apenas estabelecem programas de ação que vinculam os Poderes Públicos, isto é, um dirigismo político.

Os dispositivos da seguridade social, em especial os artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988, possuem um campo de ação delimitado com força normativa suficiente para obter parte de seus efeitos com a simples entrada em vigor da norma, deixando alguns aspectos procedimentais e de regulamentação para a atividade legislativa que, inclusive, já promoveu diversas leis integrativas como podemos citar as Leis n<sup>os</sup> 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde; 8.212/91 (Organização da Seguridade Social e Plano de Custeio); 8.213/91 (Planos de Benefício da Previdência Social); 7.689/1988 (contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas); dentre inúmeras outras.

Aliás, o direito à saúde em sentido amplo trata-se do direito social que obteve uma significativa e abrangente regulamentação na esfera normativa infraconstitucional, com destaque para as leis que dispõe sobre a organização e benefícios do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como sobre o fornecimento de medicamentos – Lei 9.313/96.

O SUS, a propósito, representou no campo das políticas sociais, senão a mais vigorosa, “pelo menos uma importante iniciativa de dotar o Estado de capacidade jurídico-legal para mediar um processo redistributivo”<sup>144</sup>. Através da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, foi estabelecida no campo da saúde pública uma série de ações e serviços em todas as esferas de atuação do Poder Público: federal, estadual e municipal. Vale dizer que a responsabilidade dos entes da federação é solidária, uma vez que essa lei prevê que os serviços relacionados à saúde integram uma rede regionalizada, constituindo um sistema único.

A efetividade das normas sobre a seguridade social, portanto, não deve ser obstaculizada sob o fundamento de dependência de integração legislativa, pois

---

<sup>144</sup> CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: evolução, normatividade e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 94.

mesmo os dispositivos que não “nasceram” com uma normatização completa, situam-se na Constituição prontos para receberem normas integrativas.

A atividade legislativa ainda ausente não diz respeito à concessão do direito. Este já foi concedido pelo legislador constitucional e sua atuação limita-se a instrumentalizar a realização de outros efeitos dos direitos que compõem a seguridade social como o direito à saúde.

Se o legislador constitucional definiu o campo de ação e a fonte de custeio para as políticas públicas em favor da seguridade social tais normas, repita-se, estão prontas para receberem a densidade ou normatização plena do legislador infraconstitucional.

Como tratado por Humberto Ávila, as normas que decorrem de tais dispositivos - que, por certo, não se resumem a eles - devem ser conectadas e hierarquizadas de forma axiológica, para que possamos compreender, em sua totalidade, a proteção constitucional do direito à saúde<sup>145</sup>.

Esta, portanto, é a segunda conclusão extraída do tema em estudo, ou seja, o direito à saúde como corolário do direito a vida, e uma vida digna, trata-se de um direito fundamental social de grandeza superior, de aplicação e fruição imediata. Sua limitação, contudo, existe e deve ser cuidadosamente ponderada, através de um juízo de razoabilidade para garantir o grau mínimo de eficácia.

### III.2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SUBJETIVO.

Isto posto questiona-se se o indivíduo isoladamente ou coletivamente considerado pode usufruir da norma do artigo 196 da Constituição Federal de 1988 como direito subjetivo, ou melhor, o mencionado dispositivo traduz-se em um direito subjetivo em

---

<sup>145</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 72-77.

sua versão positiva, habilitando o indivíduo acometido por alguma doença grave acionar o Estado para obter medicamentos ou o tratamento adequado?

Já nos posicionamos sobre a natureza da norma jurídica prevista no artigo 196 da Constituição Federal. Trata-se de norma programática que, no entanto, cria um dever jurídico para o Estado eis que possui normatividade suficiente para tal. Basta a simples leitura dos artigos 196 a 200 da Constituição de 1988 para constatar a veracidade desse posicionamento.

Já afirmamos também que o conceito originário de direitos subjetivos, de cunho exclusivamente privado, se mostra insuficiente para veicular toda e qualquer pretensão que envolva direitos metaindividuais na sociedade contemporânea, sendo também inadequado sob o ponto de vista constitucional.

O estudo dos direitos subjetivos, como já destacado no capítulo II (item II.4), sofreu grande alteração em razão da adoção do modelo paradigmático do Estado Social entre o final do século XIX e o início do século XX. Como pano de fundo, temos a industrialização do mundo ocidental, os movimentos operários como a Revolução russa de 1917 e os conflitos mundiais que deixaram profundas marcas sociais, inclusive no direito, como a constitucionalização do chamado Estado social ou Welfare State.

Essa mudança de paradigma trouxe influências imediatas na ordem jurídica,

especialmente (i) o desenvolvimento da idéia de função social; 32 (ii) a rápida expansão das cláusulas gerais; (iii) a substituição do ideal de formalismo pelos ideais de eqüidade e solidariedade; (iv) a transição de raciocínios legais formalistas para raciocínios teleológicos ou prudenciais, e da preocupação com a justiça formal para o interesse na justiça processual ou substantiva<sup>146</sup>.

Enfim, a ascensão e o desenvolvimento da justiça social provocaram rupturas na própria noção de direito subjetivo que abandonando a tradição grega romana de

---

<sup>146</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. In: LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**, p. 8. Juris Síntese IOB, JSI 54, jul/ago. 2005. CD-ROM.

direito como poder absoluto e ilimitado, passou a contemplar situações jurídicas<sup>147</sup> passíveis de fruição admitindo, no entanto, restrições em sua entrega. Verificou-se, portanto, uma relatividade do conteúdo do direito subjetivo, considerando fatores de desequilíbrio como a necessidade ilimitada e a escassez de prestações.

Como conclui Ricardo Seibel Lima,

trata-se de tendência que, difundida entre outros autores, demonstra haver uma preocupação em não enfatizar somente o aspecto subjetivo de uma relação jurídica, mas também o complexo de situações objetivas envolvidas<sup>148</sup>.

De acordo com esta visão ou este pensar, onde se ajusta os direitos sociais, não se pode mais conceber qualquer direito subjetivo como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os demais indivíduos. Este modelo conceitual teve serventia apenas para solver conflitos entre dois indivíduos determinados, em uma relação polarizada entre aquele que titulariza o direito e aquele investido no dever.

Considerando-se, no entanto, as complexas relações contemporâneas verificadas entre sujeitos indeterminados ou determináveis na busca de um benefício difuso comum no qual todos participam em indistintas e incertas parcelas, como na obtenção de prestações sociais, a idéia primitiva de direitos subjetivos não funciona, e por tal razão foi superada.

Assim, a resposta à indagação acima formulada – se a norma do artigo 196 da Constituição de 1988 traduz-se em direito subjetivo - é positiva, considerando a nova conceituação de direitos subjetivos trazido com a evolução das relações sociais e a adoção do conceito pragmático de direito subjetivo explanado pelo Professor Flávio Galdino (item II.4), onde os custos devem ser trazidos para dentro do conceito de direito subjetivo.

---

<sup>147</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 173-201.

<sup>148</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**, p. 9. Juris Síntese IOB JSI 54, jul/ago, 2005. CD-ROM.

Como afirma Regina Maria Macedo Nery,

no que tange ao direito à saúde, cabe reconhecer um verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário para a proteção da vida humana<sup>149</sup>.

É claro que não é a mera positivação do direito a saúde como direito fundamental em nossa constituição que o identifica como um direito público subjetivo. É evidente que não. Aliás, a positivação de direitos fundamentais é fruto do Estado Liberal que sabiamente desprezava o tema da eficácia dos direitos sociais e valorizava apenas os direitos de liberdade de fruição imediata. O que o faz revelar-se como direito subjetivo é a imperatividade da norma constitucional no que tange a determinação específica de um dever jurídico para alcançar o objetivo da norma, isto é, um dever relacionado ao conteúdo da prestação que é dever do Estado.

E tal dever, se não prestado, pode ser exigido juridicamente através de mecanismos processuais.

### III.3 ACESSO UNIVERSAL À SAÚDE E RESERVA DO POSSÍVEL.

Merece ainda destaque uma abordagem sobre o acesso ao direito social saúde considerando a previsão legal (art. 196 CF/88), que o qualifica como “universal igualitário às ações e serviços”.

Tal aspecto será abordado juntamente com a teoria da “reserva do possível” cujo estudo foi iniciado no capítulo II, item II.4 que ora retorna com enfoque para a questão da dimensão deste obstáculo fático especificamente sobre o direito à saúde.

---

<sup>149</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 238.

Como garantir a universalização igualitária do direito à saúde em um cenário de escassez? Ou de outra forma: Como se atribuir efetividade e aplicação imediata à norma que garante o direito à saúde, respeitada a isonomia e o acesso universal, no contexto de um Estado comprometido com a justiça social - art. 193 da CF/88?

Já definimos que o Estado é devedor de prestações materiais para atendimento à saúde dos cidadãos. A norma constitucional que traduz esse dever jurídico – art. 196, CF – é norma programática de núcleo jurídico-positivo e constitui direito subjetivo positivo. Isto quer dizer que a outorga de prestações materiais para o atendimento à saúde constitui exigência absoluta para os Estados, notadamente o Estado Brasileiro que inclui em sua norma maior a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático e princípio norteador da ordem econômica (art. 1º, III; art. 170 CF).

O problema, portanto, é saber a dimensão do dever do Estado, ou seja, considerando o limite fático da reserva do possível, e o acesso universal igualitário, o Poder Público é devedor de um atendimento global na área de saúde, ou podem ser estabelecidos critérios seletivos para o atendimento, criando-se uma espécie de padrão ou patamar mínimo de prestações materiais destinadas a camadas da população reconhecidamente pobres?

É o questionamento elaborado por Sarlet:

Ademais, será o Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficientes, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terão os particulares direito a serviços gratuitos de melhor qualidade (equipamentos de última geração, quarto privativo em hospitais, etc.)?<sup>150</sup>

O doutrinador gaúcho, seguindo o posicionamento de Canotilho, admite que as prestações devidas possam ser limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana. Canotilho reconhece o direito à obtenção de prestações públicas em condições mínimas de subsistência, concluindo que:

---

<sup>150</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **E eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 328.

o Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio da dar efetividade prática, devem escolher precisamente esse meio<sup>151</sup>.

No mesmo sentido a posição de Marcos Maselli, “a tarefa do Estado, embora ampla, não transborda, em princípio, do *munus* de proporcionar as condições indispensáveis ao exercício do direito à saúde”<sup>152</sup>.

Assim, ação exigível é ação indispensável, e não toda e qualquer ação supostamente voltada a práticas de políticas sociais que, ao mobilizar recursos, faz periclitar o carácter universal da medida, pois outros necessitados também são credores de tarefas estatais, conclui<sup>153</sup>.

Também oportuna a opinião de Ricardo Lobo Torres para quem o acesso universal deve-se submeter-se a um critério realista:

Com efeito, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado no art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional, é utópico e gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos<sup>154</sup>.

Nesse contexto, o autor cita as prestações da medicina curativa que dependem de escolhas orçamentárias, e outros procedimentos seletivos em razão da riqueza do usuário. E conclui:

[...] “ de notar que não se defende a extinção da universalidade do atendimento, mas a sua adequação ao sistema realista em que se mesclam e se somem as contribuições dos usuários, excluídos os pobres, e os aportes orçamentários financiados pela receita dos impostos”<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> J. J. Gomes Canotilho, Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 34, apud SARLET, Ingo Wolfgang. **E eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 332-333.

<sup>152</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 211.

<sup>153</sup> Ibid., p. 211.

<sup>154</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287.

<sup>155</sup> Ibid., p. 268.



No Estado regulador contemporâneo, agravado pela política do neoliberalismo, o indivíduo encontra-se sob uma dependência existencial da atuação dos Poderes Públicos. Sozinho o indivíduo sequer pode exercer de forma autônoma a sua liberdade, pois é certo que não há liberdade plena sem educação, saúde e outros direitos básicos que constituem tarefas dos Estados.

Por outro lado, sabe-se que os recursos para as despesas públicas são escassos, ou seja, o obstáculo da reserva do possível existe e deve ser considerado. Mas qual a dimensão desse limite?

É no direito à saúde que, a despeito de sua sindicabilidade, se encontra grandes problemas relacionados à efetivação, dado a falta de prestações materiais que por vezes pode ceifar a vida dos titulares deste direito subjetivo.

A efetividade do direito à saúde, ou seja, a realização do direito no mundo dos fatos, o desempenho concreto de sua função social, conforme conceito de Luís Roberto Barroso<sup>156</sup>, esbarra-se em reais problemas econômicos de difícil superação, levando a necessidade de “escolhas trágicas”<sup>157</sup> dado a inevitável escassez de recursos.

Em virtude da relevância econômica dos direitos prestacionais, estes se encontram sob uma reserva do possível, ou seja, submetidos a um limite fático e jurídico tendo em vista o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis.

O que toma relevo é não aceitar de forma acrítica a teoria da reserva do possível como obstáculo intransponível para a entrega de prestações materiais. A exigência destas prestações, notadamente as que envolvem direitos sociais são inerentes ao próprio Estado Social de Direito incorporado em nossa Constituição. Mas até onde vai a obrigação dos Poderes Públicos na entrega destas prestações? Qual o *quantum* de prestações pode ser reclamado pelos particulares?

---

<sup>156</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 85.

<sup>157</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 133 e et seq.

Adota-se aqui uma solução de cunho minimalista, com a garantia de um *standard* mínimo de prestações, defendida dentre outros por Robert Alexy e Luis Roberto Barroso, Eros Roberto Grau e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>158</sup>, no cenário nacional.

Para Alexy, citado por Sarlet,

tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde<sup>159</sup>.

A vinculação a um padrão mínimo corresponde ao conjunto de condições materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, formando um núcleo sindicável cuja entrega não pode ser obstaculizada sob o argumento da reserva do possível.

O conteúdo deste padrão mínimo também gera problemas de difícil solução, ou seja, o Estado, no caso da saúde, deve financiar a saúde preventiva ou curativa? Ou ambas? O acesso à rede pública de saúde estende-se a todos ou apenas àqueles que demonstrarem situação de pobreza? Como promover o atendimento universal e igualitário? É lógico que critérios devem ser formulados e testados pelos Poderes Públicos, considerando ainda aspectos regionais e casuísticos para conformar-se a uma melhor justiça distributiva.

Ao defender-se a entrega de prestações sociais para a saúde sob um padrão mínimo, admite-se que tal direito não pode ser encarado como um poder absoluto e ilimitado do indivíduo contra o Estado. Tal afirmação foi negada no tratamento conferido ao conceito de direitos subjetivos (itens II.3, II.4).

O direito à saúde, como posição jurídica a ser tutelada pelo Estado, deve atender ao critério da universalidade, o que vale dizer que sua distribuição, através de ações e serviços, deve ser racional conformando-se com o próprio artigo 196 da Constituição Federal.

---

<sup>158</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 350.

<sup>159</sup> Ibid., p. 348.

As limitações fáticas devem conduzir a juízos que permitam que as prestações concedidas pelo Estado sejam passíveis de fruição universal igualitária entre potenciais beneficiários sem que outros serviços e ações sejam prejudicados. Ora, gastar demasiadamente em um programa social deixando outros de igual relevância sem reserva orçamentária, gera injustiça social da mesma forma além de contrariar o artigo 196 da Constituição Federal.

Não se nega aqui a normatividade e a aplicabilidade imediata da norma constitucional que garante o direito à saúde, e tampouco se contesta a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado prestações positivas com base neste preceito.

Como alertado por Vieira Andrade,

não se pretende, dessa forma, restringir o âmbito de aplicação deste direito social, e sim fortalecê-lo, por meio de uma aplicação racional e criteriosa, pois é interessante lembrar de que a melhor maneira de enfraquecer os direitos fundamentais seria inflacioná-los a tal ponto que acabaria sendo amolecido e descaracterizado o próprio conceito de direito fundamental<sup>160</sup>.

Distribuição ou aplicação racional significa atender o maior número de demandas em um cenário de recursos escassos, o que conduz a idéia de que acesso universal igualitário é acesso do maior número de pessoas ao maior número de prestações limitadas. Como são limitadas, sua distribuição deve ser racional e dotada de critérios, o que faz retornar a idéia de um padrão mínimo de prestações.

Para Alexy a solução para a composição do padrão mínimo de segurança material está na ponderação dos direitos sociais, considerando-os à luz de cada caso, e sem esquecer a preservação da liberdade pessoal<sup>161</sup>. A ponderação é a técnica formulada pelo autor germânico para solucionar a colisão que pode ocorrer entre

---

<sup>160</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 76-77. In: LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. Juris Síntese, n. 54, p. 10, jul/ago. 2005.

<sup>161</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **E eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 348.

direitos a liberdades e direitos sociais, ou mesmo entre direitos sociais, em suma, entre direitos fundamentais.

Como se afirmou o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida e com o princípio da dignidade humana. Fazendo parte do núcleo sindicável dos direitos sociais, sua outorga não poderá ser afastada mesmo com a aplicação da ponderação, ou seja, não há o que se ponderar sobre a entrega das prestações materiais sobre a saúde. Admite-se no máximo discricionariedade sobre os meios de sua efetivação.

Fazendo a adesão não irrestrita a teria que admite um padrão mínimo de prestações, cuja definição do conteúdo é complexa, vale um registro sobre o estudo do mínimo existencial dentro do princípio da dignidade da pessoa humana que está intimamente ligado ao direito à vida e o direito à saúde.

### III.4 MÍNIMO EXISTENCIAL E VIDA COM DIGNIDADE.

Os autores já mencionados no texto acima ao tratarem da questão dos custos dos direitos sociais, acabam por adotar a teoria do mínimo existencial e da reserva do possível, antes fática e agora também jurídica, para conformar o grau de exigência do particular com os limites prestacionais do Estado que tem reservas orçamentárias finitas para atender demandas sociais quase infinitas.

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria.

Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266.

Por mínimo existencial entende-se o conjunto formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais considerados mais relevantes, por integraram o núcleo da dignidade da pessoa humana<sup>163</sup>.

A dignidade humana, para Ricardo Lobo Torres, “e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”<sup>164</sup>.

Assim, o mínimo existencial seria composto por condições materiais básicas e prestações positivas (sociais) que sejam consideradas efetivamente indispensáveis para a vida com mínima dignidade, como podemos destacar a alimentação, o vestuário, a moradia, a saúde preventiva (vacinação) e curativa, e a educação básica.

Somente o conteúdo do mínimo existencial seria plenamente sindicável, ou seja, consistiria em direito subjetivo dotado de imperatividade absoluta.

Tais teorias são defendidas, dentre outros, por Robert Alexy e, entre nós, por Ricardo Lobo Torres, segundo os quais o núcleo nomeado como “mínimo existencial” seria sempre exigível, deixando os demais direitos sob a reserva do possível, ou seja, sem a garantia da efetividade dado a escassez de recursos. Dessa forma, somente o conteúdo do mínimo existencial comporta direitos subjetivos tuteláveis<sup>165</sup>.

Esse enfoque, no entanto, é combatido por Gustavo Amaral que descredencia o resultado binário “exigível x não exigível” decorrente do mínimo existencial e propõe outra solução.

Com efeito, vale expor trechos da crítica formulada por Amaral:

---

<sup>163</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>165</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. v. III. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 179-181; ALEXY Robert. Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático, *Revista de Direito Administrativo*, 217:61, 1999. In: AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 177-185.

Sob o enfoque desses autores, haveria o mínimo existencial, exigível, e o que não está contido no mínimo existencial, que não seria diretamente exigível. Todavia, a determinação concreta do mínimo existencial seria fugidia e variável histórica e geograficamente. Haveria, portanto, uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o “não-mínimo”<sup>166</sup>.

E apresenta uma melhor solução:

Em vistas dessas divergências, apresentamos uma outra formulação para o problema. As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz. Essa justificativa será apenas a existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim, tornar inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Estando presentes circunstâncias desse tipo, haverá o espaço de escolha, no qual o Estado estabelecerá critérios de alocação dos recursos e, conseqüentemente, de atendimento às demandas, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estão enquadrados nos critérios<sup>167</sup>.

Nota-se, portanto, o confronto de opiniões que conformam o caráter não absoluto dos direitos sociais. Quer admitindo-se o núcleo sindicável do mínimo existencial, quer fazendo uma maior exigência para a não entrega da prestação social demandada (grau de excepcionalidade), o certo é que há consenso quanto a menor densidade de eficácia conferido aos direitos fundamentais de 2ª dimensão.

Mesmo admitindo-se ser difícil ultrapassar o obstáculo dos custos dos direitos prestacionais, outras soluções apresentam-se menos conservadoras do que o mínimo existencial e a reserva do possível.

Como bem alertou Sarlet, também a reserva do possível deve ser encarada “com reservas”. Para ele, levar a sério a reserva do possível significa que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, levando ainda em conta o disposto no art. 5º, § 1º da CF, segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 213.

<sup>167</sup> Ibid., p. 214-15.

<sup>168</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 357.

Veja-se a ponderação de Sérgio Fernando Moro:

A reserva do possível constituiu, portanto, severo obstáculo para o desenvolvimento e efetivação judicial dos direitos a prestações materiais, estatais ou privadas. Não se trata, contudo, de barreira intransponível. (...) Não sem dificuldades e mediante recursos a dados empíricos, é possível verificar quais prestações materiais, e em que grau, são de possível atendimento<sup>169</sup>.

Tais soluções devem ser buscadas na medida em que se potencializa a eficácia dos direitos fundamentais a luz do tratamento constitucional. Nesse sentido, nem a impossibilidade circunstancial da implementação de um direito social o despirá da natureza de direito fundamental, até porque os pressupostos ou atributos que lhe são inerentes, entre eles a aplicabilidade direta e o caráter absoluto, são apenas conseqüências de sua aplicação e não condições para o reconhecimento dessa natureza de direito.

Assim, o poder vinculativo dos direitos fundamentais é o ponto inicial para a plena eficácia dos direitos sociais, servindo também de norte superador dos obstáculos que limitam a sua sindicabilidade.

Quanto aos custos, o argumento da reserva do possível, que tem origem no direito comparado, principalmente o direito alemão que inclusive nega o caráter fundamental dos direitos sociais, sempre poderá ser utilizado pelo Estado para justificar sua omissão em cumprir políticas sociais.

Ora, é muito fácil e cômodo aos Poderes constituídos em nações de 3ª mundo, por exemplo, atribuir à escassez de recursos e a política monetária a responsabilidade pelo não cumprimento de direitos e políticas sociais.

Trata-se então de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível.

---

<sup>169</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 98.

Levar direitos a sério é, segundo Sunstein e Holmes<sup>170</sup>, levar a sério o problema da escassez – *taking rights seriously means taking scarcity seriously*.

O argumento dos custos dos direitos sociais que vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência aos recursos econômicos, deve ser ultrapassado na medida em que recursos podem ser obtidos ou retirados em outras áreas menos essenciais a dignidade do homem.

Sabe-se também que a captação de recursos para formar o orçamento é permanente, ou seja, não cessa nunca, de forma que não serão completamente exauridos podendo inclusive a despesa que ficou fora da escolha alocativa ser assumida por um orçamento posterior.

Se for verdade que há menos recursos do que o necessário, também é verdade que o Estado não emprega bem os recursos disponíveis. Não há controle eficaz dos gastos públicos, a corrupção impera nos Poderes Públicos e as decisões alocativas não são organizadas sob um critério de justiça distributiva.

Como ilustrado por Ieda Tatiana Cury ao comentar o vergonhoso recorde brasileiro em 2002, quando a carga tributária do País chegou a 36,4% do PIB, superando a taxa da Suíça:

O que há, portanto, é uma enorme deficiência no aparelho arrecadador, em virtude da má distribuição desses recursos, bem como o desvio dos mesmos, através de práticas de sonegação, corrupção etc., envolvendo políticos e funcionários de vários órgãos dos diferentes Poderes<sup>171</sup>.

Nota-se que apesar do superávit na arrecadação, o Brasil investe pouco na área de direitos sociais como a saúde pública, que se trata do direito mais intimamente ligado à vida e a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>170</sup> HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W.W Norton and Company, 1999. p. 94.

<sup>171</sup> CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: evolução, normatividade e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 147.



Interessante nessa visão a posição arrojada defendida pelo Professor Andreas Krell que proclama a “falácia da reserva do possível” e assim manifesta-se quanto à questão dos recursos escassos:

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”, etc.<sup>172</sup>.

Ao se falar em escolhas disjuntivas (o atendimento de uns e o não atendimento de outros por falta de recursos) não há critérios eficazes para alcançar uma solução justa.

Até mesmo o critério da ponderação entre princípios colidentes não se apresenta eficaz em situações disjuntivas, pois este se manifesta em casos concretos determinando o afastamento de um princípio que, naquele caso, apresenta-se menos relevante ou menos gravoso.

Porém, tratando-se de direitos de uma mesma grandeza e mesma natureza como o direito a saúde, o relativismo e a ponderação são perigosos, podendo inclusive desencadear a morte para aquele que tiver o direito preterido no caso concreto.

Por outro lado, as escolhas trágicas, que decorrem do problema da escassez de recursos, não são apenas um problema orçamentário. Acrescenta-se a este ponto as decisões ou opções políticas acerca da alocação de recursos para a realização de direitos fundamentais que, muitas vezes, não são prioritários.

Como desenvolvido por Flávio Galdino,

---

<sup>172</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”, apud BIGOLIN, Giovanni. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani\\_bigolin](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin)>. Publicação em 30/06/2004. Acesso em 23 jul. 2005, 13h41min.

o que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo “direito”<sup>173</sup>.

E quando resolve se gastar, priorizam-se os direitos efetivados por uma mera abstenção estatal. Isso reflete a própria valoração da sociedade sobre o conteúdo dos direitos.

Isso é verificável no Brasil onde os Poderes Públicos, notadamente o Executivo, ao se deparar com decisões alocativas nem sempre prioriza o campo dos direitos e garantias fundamentais, sendo aplicadas em áreas também relevantes que, no entanto, não integram o núcleo da dignidade da pessoa humana melhor expressa, segundo opinião de Ana Paula de Barcelos, no campo da “educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça”<sup>174</sup>.

Para esta autora somente o núcleo da dignidade da pessoa humana ou o mínimo existencial, constitui direito subjetivo exigível perante o Poder Judiciário.

Dentro deste núcleo, prossegue, temos as condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, não como princípio, que sequer está sujeita a ponderação. Para além desse núcleo, a norma mantém sua natureza de princípio, submetida à reserva do possível<sup>175</sup>.

Nesse sentido, a teoria do mínimo existencial

não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotada de plena eficácia, e os deixa incólumes ou até os maximiza na região periférica, em que valem sob a reserva da lei<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 235.

<sup>174</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

<sup>175</sup> Ibid., p. 193-194.

<sup>176</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 268.

Registra-se, contudo, a não aceitação de um elenco fechado e previamente definido de prestações que compõem o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana como formula a autora. Outras prestações, além daquelas indicadas na obra, também são indispensáveis à promoção de uma vida digna, e porventura podem incluir o núcleo do princípio. O que se propõe é que o padrão mínimo de prestações, ou mínimo existencial, seja dinâmico em relação à inclusão de outros direitos também relacionados ao exercício de uma vida com dignidade.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana pode assumir importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo da esfera dos direitos sociais.

Além disso, é importante vetor na interpretação constitucional com o propósito de assegurar as condições materiais mínimas de existência.

E tais componentes devem ter prioridade nas decisões alocativas e na aplicação dos recursos escassos como forma de maximizar a eficácia dos direitos sociais.

Assim, a adesão conservadora a reserva do possível fática deve ser abandonada. O grau de excepcionalidade apontado por Gustavo Amaral é parcialmente útil na medida em que cria para o Poder Público o dever de justificar de forma ostensiva o não atendimento de alguma pretensão social. Mas não é suficiente, pois é perfeitamente possível que o Poder Público obtenha êxito em justificar a omissão, ou seja, o não fazer.

Nesse ponto, entra em cena a intervenção mais agressiva que deve ser adotada pelo Poder Judiciário.

Não se trata aqui de violar o sistema de freios e contrapesos. Se as decisões alocativas envolvem, em geral, vários critérios e escolhas possíveis, através de decisões políticas, cabe ao Judiciário o controle da forma eleita e de eventuais excessos.

A título de ilustração, se um determinado Município passa a obter receitas mediante o pagamento de um preço público por utilização, por exemplo, do espaço público para construir fora do coeficiente mínimo estabelecido no Plano Diretor Municipal - PDM (outorga onerosa do direito de construir), é mais conveniente que essa receita seja aplicada no melhoramento do espaço urbano, como exemplo a urbanização de uma favela (acesso à moradia).

Nesse caso, se o Poder Público, de posse dessa receita resolve aplicá-lo na construção de praças e parques públicos, sob o fundamento de estimular o lazer e o desporto, é certo que cabe a intervenção do Judiciário para imperativamente aduzir que a escolha alocativa foi incorreta, pois preteriu um direito social de maior relevância e que certamente constitui o núcleo da dignidade da pessoa.

É sabido que o lazer também é um direito social, mas sem sombra de dúvidas em um cenário de escassez de recursos a utilização dos recursos escassos deve obrigatoriamente seguir um rumo: o atendimento a direitos sociais que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana.

Assim, cabe ao Judiciário, respeitando a interdependência entre os poderes, e o equilíbrio que deve nortear o sistema de freios e contrapesos, imiscuir-se não no conteúdo da norma que representa uma escolha política, mas sim verificar que a escolha não priorizou um direito social que, segundo a própria Constituição Federal, detém aplicação imediata eis que decorre de normas que definem direitos e garantias fundamentais.

Oportuno ainda a releitura feita por Cass Sunstein e Stephen Holmes sobre a própria conceituação de direito subjetivo já apresentado no capítulo II: Segundo tais autores os custos devem integrar previamente a própria concepção do direito (subjetivo) fundamental (devem ser trazidos para dentro do conceito). Esta teoria foi utilizada por Flavio Galdino para a formação do “conceito pragmático de direito fundamental<sup>177</sup>”.

---

<sup>177</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 235.

Assim, inclui-se no conceito de direito subjetivo a perspectiva de custos, passando a tratá-los não como óbices, mas como pressupostos que tornam possível a realização de direitos.

Na linha referida por Sunstein e Holmes, aconselha-se, segundo Galdino, a mudança de perspectiva, passando-se a trabalhar como os recursos econômicos como pressupostos, que tornam possível a realização dos direitos. A concepção dos custos como óbices têm a sua função, que é a de identificar e precisar os obstáculos para superação, mas neste viés, os custos ainda são inadequados vistos como algo externo aos direitos<sup>178</sup>.

Dessa forma permite-se escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos.

Nesse sentido, volta-se a conclusão já apresentada no capítulo II, item II.4 sobre a relativização da noção de direito subjetivo na esfera dos direitos prestacionais. As pretensões relacionadas à outorga de prestações materiais não desfrutam da mesma força jurídica de outras pretensões voltadas a direitos fundamentais não prestacionais. O custo dos direitos sociais e a reserva do possível são aspectos que efetivamente relativizam o dever jurídico correlato do Estado no atendimento aos direitos prestacionais, mas não elidem por completo este dever, dado as razões já colocadas sobre a conceituação dos direitos subjetivos.

Assim, consoante previsão inicial deste capítulo, o acesso universal igualitário à saúde ajusta-se com o padrão mínimo de prestações, devendo ser observado critérios racionais de aplicação. Tais critérios, como sugestão, podem abranger a realização de atendimentos ou procedimentos médicos em estabelecimentos nacionais ligados ao Sistema Único de Saúde, com medicamentos genéricos ou de custo menos elevado, de eficácia comprovada, atuando prioritariamente na prevenção de doenças e combates aos fatores de risco, com destinação exclusiva aos reconhecidamente pobres.

---

<sup>178</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 234.

Aos não reconhecidamente pobres as prestações de saúde podem ser suportadas pelo próprio particular em estabelecimentos privados, eis que a saúde é dever de todos e não exclusivamente do Estado que a descentralizou estando livre a iniciativa privada (art. 199, CF/88).

### III.5 O DIREITO À SAÚDE E SUA PROTEÇÃO JUDICIAL.

Várias são as decisões judiciais tomadas no campo da saúde, com destaque para o fornecimento de medicamentos para tratamento de doenças graves como o câncer e a AIDS. Outras ainda obrigam os entes públicos a financiar das mais variadas formas, ações e serviços em favor da saúde preventiva e curativa, olvidando-se muitas vezes do caráter universal igualitário que as prestações de saúde devem atender.

Outras, na contramão do estudo dos direitos fundamentais, negam eficácia ao artigo 196 da Constituição Federal atribuindo a norma o caráter de programa de governo, destituída de aplicação imediata, com supervalorização do obstáculo da reserva do possível.

A nível estadual, o Estado do Rio Grande do Sul, em 1993, buscando dar efetividade à norma constitucional que garante o direito à saúde, editou lei comprometendo-se a fornecer gratuitamente medicamentos excepcionais a pessoas carentes, assim entendidos aqueles de uso freqüente e permanente de caráter essencial à vida de cidadãos desprovidos de recursos<sup>179</sup>.

Esta lei fundamentou uma Ação judicial na qual um cidadão, carente de recursos, exigiu que o Estado fornecesse determinado medicamento essencial a sua vida.

---

<sup>179</sup> Lei Estadual nº 9.908, de 16 de junho de 1993. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto Estadual nº 5.056, de 7 de janeiro de 1994, que, em seu art. 2º, prevê a lista de medicamentos, em nomes genéricos, que serão dispensados gratuitamente, com posterior alteração pelo Decreto Estadual nº 35.220, de 27 de abril de 1994. O decreto também prevê, no parágrafo único do art. 2º, que a lista pode ser acrescida de outros medicamentos que venham a ser classificados como excepcionais por Portaria do Secretário da Saúde.

Superando instâncias ordinárias, e chegando a pretensão ao STF, este entendeu que tendo o Estado instituído, mediante lei, uma política pública que concretiza o preceito constitucional do art. 196 e assegura o fornecimento de determinados medicamentos, há que se considerar a validade de tal programa, ficando o ente público obrigado a alcançar os medicamentos, desde que preenchidos os requisitos legais<sup>180</sup>.

A nível federal, e premido pela imensa mobilização da sociedade em razão do avanço da AIDS no Brasil, os Poderes constituídos (Executivo e Legislativo) promulgaram a lei nº 9.313, de 13/11/1996 dispondo sobre “a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS”<sup>181</sup>.

Esta lei, a despeito da falta de precisão sobre os medicamentos disponíveis para cada estágio evolutivo da doença, como sobre a indicação do Ente federativo responsável pela aquisição financeira dos remédios, consubstancia diversas decisões judiciais favoráveis ao pedido de fornecimento de medicamentos, mesmo havendo dúvidas quanto à titularidade do dever.

---

<sup>180</sup> 15. Recurso Extraordinário (RE) nº 242.859-3/RS. Acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 29 de junho de 1999, Relator: Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 17 de setembro de 1999. Sobre a mesma problemática, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE-AgRg) nº 259.508-0/RS. Acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 8 de agosto de 2000, Relator: Ministro Maurício Corrêa, publicado no DJ de 16 de fevereiro de 2001.

<sup>181</sup> LEI Nº 9.313, DE 13 DE NOVEMBRO DE 1996  
(DOU 14.11.1996)

Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.  
O Presidente da República,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária ao seu tratamento.

§ 1º. O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§ 2º. A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º. As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário.

Fernando Henrique Cardoso

Presidente da República

José Carlos Seixas

Nesse sentido, julgou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região<sup>182</sup>: Em sede de fornecimento de medicamentos, são solidariamente responsáveis a união, o estado e o município. A Lei nº 9.313/96 determina o custeio das despesas com o tratamento da AIDS com recursos do orçamento da seguridade social da união, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Verba honorária fixada em patamar razoável e compatível com as prescrições legais, não havendo razão para ser modificada. Sentença confirmada. Recursos e remessa desprovidos.

Em outra decisão sobre o mesmo objeto, o TRF – 2ª Região<sup>183</sup>, além de enfrentar a problemática da competência federativa para o fornecimento dos remédios, ampliou o dever do Estado sobre a relação de medicamentos determinado a entrega de medicamentos ainda que não constante da relação indicado pelo Ministério da Saúde:

- Dispõe o artigo 1º da Lei nº 9.313/96 que "os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento". 2 - (...). 3 - (...). 4 - Ademais, ainda que o medicamento pretendido não se encontre inserido nas recomendações do ministério da saúde, releva aduzir que um ato administrativo normativo não pode se sobrepor a uma norma constitucional, sobretudo diante da peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, devendo ser afastada a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96. Precedente do STJ. 5 - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o poder público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Precedente do STF. 6 - Apelação e remessa necessária conhecidas, mas improvidas.

Em outro julgado mais específico, o TRF – 2ª Região<sup>184</sup> expõe de forma clara a abrangência do dever de fornecer medicamentos: in casu, embora o medicamento kaletra não esteja inserido nas recomendações do ministério da saúde, fundamental é que o fornecimento gratuito seja de toda a medicação necessária ao tratamento

---

<sup>182</sup> TRF 2ª R. – AC 2000.51.01.019048-8 – (350949) – 5ª T.Esp. – Relator: Juiz Fed. Conv. Guilherme Couto de Castro – DJU 23.03.2006 – p. 102. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

<sup>183</sup> TRF 2ª R. – AC 2002.51.60.002243-8 – 8ª T. – Relator Juiz Fed. Conv. Guilherme Calmon Nogueira da Gama – DJU 25.11.2005 – p. 399. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

<sup>184</sup> TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.004064-1 – 8ª T. – Relator: Juiz Fed. Conv. Guilherme Calmon Nogueira da Gama – DJU 27.10.2005 – p. 264. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.



dos soropositivos, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo ministério da saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente.

Também de lavra do TRF – 2ª Região<sup>185</sup> faz-se a colação de outro julgado que contempla em seu conteúdo o estado de carência do postulante o que se ajusta com o entendimento perfilhado neste trabalho sobre distribuição racional de prestações, como descrito no capítulo III deste trabalho, item III.3:

1 - O cumprimento do dever político-constitucional de proteção à saúde, consagrado no art. 196 do texto básico, obriga o estado (gênero) em regime de responsabilidade solidária entre as pessoas políticas que o compõem, dada a unicidade do sistema (art. 198, CF/88), a par de restar incluso, nas atividades voltadas a assegurar tal direito fundamental, o fornecimento gratuito de medicamentos e congêneres a pessoas desprovidas de recursos financeiros, para a cura, controle ou atenuação de enfermidades. 2 - A união, os estados, o Distrito Federal e os municípios são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente. 5 - Recursos da União Federal e do Estado do Rio de Janeiro desprovidos. 6 - Recurso do município do Rio de Janeiro e remessa necessária parcialmente providos.

Acórdãos no mesmo sentido<sup>186</sup>.

Também sobre o dever do Estado ao fornecimento de medicamentos, temos os seguintes julgados proferidos pela 1ª Turma do STJ<sup>187</sup> e 2ª Turma do STF<sup>188</sup>, respectivamente:

---

<sup>185</sup> TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.011288-3 – 8ª T.Esp. – Relator: Des. Fed. Poul Erik Dyrland – DJU 24.10.2005 – p. 286. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

<sup>186</sup> TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.007327-0 – (340614) – 3ª T. – Relator: Des. Fed. Paulo Barata – DJU 01.12.2004 – p. 9. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

TRF 2ª R. – AC 2000.51.01.014803-4 – (324546) – 3ª T. – Relator: Des. Fed. Paulo Barata – DJU 01.12.2004 – p. 91. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

TRF 2ª R. – AC 2000.51.01.031250-8 – RJ – 1ª T. – Relatora: Juíza Liliâne Roriz – DJU 04.11.2004 – p. 218. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.021912-4 – 6ª T. – Relator: Des. Fed. Sérgio Schwaitzer – DJU 29.09.2003 – p. 205. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

<sup>187</sup> STJ-Resp 684646/RS; RECURSO ESPECIAL 2004/0118791-4; Relator Ministro Luiz Fux (1122); data de julgamento: 05/05/2005; DJ 30.05.2005, p. 247. In: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br).

<sup>188</sup> (STF – AGRRE 271286 – 2ª T. – Relator: Min. Celso de Mello – DJU 24.11.2000 – p. 00101) (Repertório de Jurisprudência IOB. São Paulo, caderno 1, nº 08/01, ementa 1/15871, 2ª quinzena abr. 2001). In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

RECURSO ESPECIAL. SUS. **FORNECIMENTO** DE MEDICAMENTO. PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

1. Ação ordinária objetivando a condenação do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre ao **fornecimento** gratuito de medicamento não registrado no Brasil, mas que consta de receituário médico, necessário ao tratamento de paciente portador do vírus HIV.

2. O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.

4. Precedentes desta Corte, entre eles, mutadis mutandis, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 83/MG, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, Corte Especial, DJ de 06.12.2004: "1.

Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). 2. O não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o **fornecimento** gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte. 3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos." Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Perante o STF o entendimento é mantido, valendo destaque o voto proferido pelo Ministro Relator Celso de Mello.

Direito Constitucional – Direito à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever do Poder Público.

Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento Judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Esta última decisão demonstra que o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal.

Nesse sentido a alegação de reserva do possível, consoante não isentar o poder público da entrega de prestações sociais, cria ao Poder Judiciário o dever de verificar a efetiva impossibilidade de prestação. Tudo isso em total consonância com o princípio da repartição dos poderes, pois em tais situações o Judiciário corretamente faz a fiscalização da legalidade dos atos do Poder Executivo.

Novamente os Tribunais Superiores destacam a saúde como direito público subjetivo, corolário do direito à vida, competindo aos Poderes Públicos o custeio do tratamento de doenças aos reconhecidamente pobres<sup>189 190</sup>.

Nesse sentido, acertadamente os Tribunais reconhecem sindicabilidade ao direito à saúde, cujos limites orçamentários não inviabilizam as pretensões subjetivas, mas apenas impõem critérios seletivos de atendimento para garantir o acesso universal. Correto ainda os posicionamentos acerca do fornecimento de medicamentos em desacordo com a relação mantida pelo Ministério da Saúde, pois é sabido que eventuais entraves burocráticos (atualização da lista de medicamentos para cada

---

<sup>189</sup> 186062451 – APELAÇÃO CÍVEL – CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS – AUTORA PORTADORA DE EPISÓDIO DEPRESSIVO LEVE, NEURASTENIA E PERSONALIDADE ESQUIZÓIDE – ART. 196 DA CF – NORMA PROGRAMÁTICA INCAPAZ DE EMBASAR A SATISFAÇÃO DO DIREITO À MEDICAÇÃO – HIPÓTESE REFUTADA – PREVALÊNCIA DE INTERESSE FINANCEIRO ESTATAL – IMPOSSIBILIDADE – DIREITO À SAÚDE E PRESERVAÇÃO DA VIDA – DESPROVIMENTO DO APELO E DO REEXAME NECESSÁRIO – À Luz da doutrina de Ricardo Lobo Torres, urge definir em que hipótese se enquadra o caso vertente, isto é, se a situação do indigitado seria de utilização de medicamento preventivo, ou seja, para mantê-lo hígido, impedindo o agravamento de sua saúde, ou se o seu estado clínico estaria a merecer tratamento curativo. Data venia, não se trata de discussão acadêmica, mas de adequação jurídica, porque 2 (dois) dispositivos da magna carta tratam dessa relevante questão. "é espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais" (Silva, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 307.). "com todo o respeito aos que entendem que as normas constitucionais são de natureza meramente programáticas e de proteção de interesse geral, não conferindo aos seus beneficiários o direito de exigir o atendimento de assistência e proteção vitais à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos, sem os quais os que deles necessitam fatalmente hão de perecer. Felizmente, este egrégio tribunal e em momento oportuno, atento à realidade dos fatos, passou a dar interpretação menos restritiva ao texto constitucional" (STJ, ROME 13452/MG, Min. Garcia Vieira, d. J. 7.10.02). (TJSC – AC 2005.033919-5 – Florianópolis – 2ª CDPúb. – Rel. Des. Francisco Oliveira Filho – J. 06.12.2005) JCF.196. (In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006.)

<sup>190</sup> MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL – HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – Obrigação do município, como gestor do SUS, de disponibilizar tais recursos. Direito líquido e certo garantido pelo artigo 196 da Constituição Federal. Norma programática capaz de embasar a satisfação do direito à medicação. Hipótese refutada. Princípio da independência entre os poderes da união. Não violação. Remessa necessária e recurso voluntário desprovidos. o município é competente para a prestação do atendimento à saúde da população (Constituição Federal, art. 30, VII). Constitui direito público do cidadão a saúde e incumbe ao poder público o fornecimento de medicamento bem como o custeio do tratamento relativamente àquele que, sendo pobre no sentido legal, necessita de cuidados médicos. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do estado, - Uma vez configurado esse dilema - Razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: O respeito indeclinável à vida (STF, Min. Celso Mello). (TJSC – AC-MS 2005.012177-0 – São José – 3ª CDPúb. – Rel. Des. Pedro Manoel Abreu – J. 22.11.2005) JCF.196 JCF.30 JCF.30.VII JCF.5. (In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.)

patologia), não podem colocar em risco o direito à vida, bem de maior tutela segundo o texto constitucional.

O Professor Gustavo Amaral, em sua obra “Direito, escassez & escolha”, ao tratar da saúde pública, traz alguns julgados que consideram o direito à saúde como absoluto e outros que relativizam tal direito por questões orçamentárias ligadas a reserva do possível. Vejamos:

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino, entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente e sem mesmo sua oitiva, o custeio de tratamento nos Estados Unidos, beneficiando um menor, vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, ao custo de US\$ 163.000,00, muito embora não houvesse comprovação da eficácia do tratamento para a doença, cuja origem é genética. Nesse julgamento foi asseverado que: “ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”, sendo afastados os argumentos de violação aos artigos 100 e 167, I, II e VI, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, em decisão de seu presidente Min. Celso de Mello negou pedido de suspensão dos efeitos da liminar por grave lesão à ordem e à economia pública, solicitada pelo Estado de Santa Catarina<sup>191</sup>.

Em sentido oposto julgou a Vara da Fazenda Pública de São Paulo, atentando para o acesso universal à saúde, que foi objeto de pronunciamento neste estudo (item III.3).

A demanda foi titularizada por um menor que, vítima da distrofia muscular de Duchenne obteve liminar para que o Estado de São Paulo arcasse com R\$ 174.500,00, equivalentes ao valor em dólares necessários ao tratamento, ao fundamento de que o direito à vida preponderaria sobre qualquer outro. Sobreveio sentença de improcedência, revogando a antecipação de tutela e determinando a devolução da quantia levantada sob as penas civis e criminais cabíveis, pois o direito à saúde garantido pela Constituição deveria ser cumprido dentro dos limites das verbas alocadas à saúde, devendo o Governante, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, procurar atender aos interesses de toda a coletividade de maneira universal e igualitária para cumprir a norma constitucional. Assim, o benefício a um único cidadão, como no caso do autor, prejudica o restante da

---

<sup>191</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26.

coletividade de cidadãos, que vêem as verbas destinadas à saúde diminuir sensivelmente, em detrimento de suas necessidades<sup>192</sup>.

No item III.3 deste estudo tratou-se do tema acesso universal à saúde, onde manifestou-se concordância que as prestações de saúde devem ser aplicadas sob critérios de razoabilidade e igualdade a fim de que o maior número de indivíduos possam usufruir do maior número de prestações condicionadas a reserva orçamentária. Apontou-se ainda a superação do modelo tradicional da reserva do possível, sustentando um modelo baseado na potencialização da eficácia dos direitos fundamentais com redução do impacto da reserva do possível.

No entanto, a limitação de recursos públicos, especialmente em um País como o Brasil, é um fato verificável, sendo utopia imaginar ou defender que o Estado possa conceder toda e qualquer prestação na área da saúde a toda e qualquer pessoa, situação que não existe em qualquer país do mundo, nem mesmo naqueles de melhor condição econômica.

---

<sup>192</sup> Processo nº 351/99, 14ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. In: AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 30.

## CONCLUSÃO

O trabalho acadêmico enfrentou a problemática da efetividade jurídica e social do direito a saúde, como norma constitucional gramaticalmente programática com densidade normativa suficiente para a fruição de efeitos imediatos. Para tanto, defendeu-se a potencialização dos direitos fundamentais tratados na Constituição, notadamente os direitos prestacionais sociais, aos quais se atribui as características dos direitos subjetivos com uma dose de relatividade.

Antes, porém, fez-se uma abordagem conceitual sobre os direitos humanos e direitos fundamentais e a relevância das Constituições que se tratam dos documentos escritos onde foram positivados os direitos fundamentais no mundo contemporâneo. Neste ponto, o estudo priorizou a contribuição de Ferdinand Lassale que defende a visão sociológica das Constituições, com aproximação do mundo jurídico ao mundo real.

O enfoque sobre os direitos prestacionais sociais, no capítulo II, valorizou a ruptura do paradigma do Estado Liberal burguês para o Estado democrático social, onde o Estado abandonou seu estado de inércia para, mediante prestações positivas, fornecer aos indivíduos condições materiais de existência, o que se deu através do fornecimento e entrega de prestações como a saúde pública, alimentação, moradia, educação, entre outros. Nesse sentido, a liberdade real somente seria alcançada através da justiça distributiva onde os fatores econômicos do Estado são levados em consideração.

Ainda sobre os direitos prestacionais, o estudo destacou o tema das dimensões dos direitos fundamentais e sua aplicação no cenário brasileiro, cujo surgimento difere da noção genuína tratada por T. H. Marshall no modelo britânico. Entre nós, os direitos políticos e sociais antecederam os direitos civis, segundo apreciação de José Murilo de Carvalho.

Propõe-se ainda uma releitura sobre o conceito de direitos subjetivos defendida pelos doutrinadores norteamericanos Cass Sunstein e Stephen Holmes que

sustentam a positividade de todos os direitos fundamentais, inclusive as liberdades públicas, e a inclusão dos custos no conceito de direitos subjetivos. Fez-se, portanto, a adoção do conceito pragmático dos direitos subjetivos, defendido pelo Professor Flavio Galdino, onde os custos integram o conceito dos direitos subjetivos a fim de torná-los pressupostos e não óbices para realização de direitos prestacionais.

Neste ponto, o estudo apontou e adotou uma nova perspectiva conceitual sobre os direitos, notadamente os direitos subjetivos, com destaque para a utilidade dos conceitos e sua verificabilidade submetida ao teste do significado com alusão as idéias de Isaiah Berlin. Abandona-se a visão privatística dos direitos subjetivos quando se tem em foco o estudo dos direitos fundamentais.

Admite-se então que os direitos subjetivos custosos submetem-se a uma relativização na sua entrega, na medida em que a sua justiciabilidade condiciona-se a superação de certos obstáculos como a reserva do possível.

No entanto, o trabalho nega adesão irrestrita a teorias tradicionais incorporadas ao estudo dos direitos fundamentais como o mínimo existencial, a reserva do possível e a classificação de tais direitos em positivos e negativos. Tais teorias são conservadoras e não retiram o núcleo de eficácia atribuído aos direitos fundamentais, os quais funcionam como regras impositivas e não como princípios discricionários. Essa imperatividade, no entanto, não se aplica a todos os direitos fundamentais sociais.

Como os direitos sociais incorporam a Constituição do Brasil de 1988, o trabalho destacou a força vinculante das normas constitucionais, mesmo as programáticas, submetendo a regra do artigo 196 da Constituição Federal de 1988 ao exame da aplicabilidade, considerando-se sérios obstáculos como os custos, a teoria da reserva do possível, e o acesso universal igualitário, os quais, afinal, não são intransponíveis.

Sobre as normas programáticas revelou-se que o conteúdo gramatical pouco densificado inerente a tal espécie normativa não lhes retira a capacidade de aplicação e eficácia, pois o dever jurídico também está presente em normas que



conformam um programa de ação, ou um dirigismo para os Poderes Públicos. As normas constitucionais programáticas possuem um mínimo de eficácia também na versão positiva.

Sobre o direito prestacional saúde a conclusão aponta para a natureza de direito subjetivo, admitindo restrições em sua entrega, até mesmo para conformar-se ao caráter universal da saúde onde a obrigação do Estado limita-se a atender o maior número de demandas em um cenário de escassez de recursos.

Adere-se, portanto, a um conjunto de condições mínimas de saúde, cujo núcleo é dinâmico admitindo que cada vez mais outras prestações integrem esse núcleo, sejam voltadas à saúde preventiva ou curativa.

Por fim, o trabalho apresenta decisões judiciais tendo como suporte fático o fornecimento de medicamentos, com prevalência de resultados favoráveis em razão da admissão do caráter impositivo da norma que elenca a saúde como dever do Estado, oportunizando a fruição de um direito subjetivo. No entanto, alguns critérios seletivos são admitidos como o estado de pobreza do demandante, a entrega de medicamentos absolutamente essenciais à cura ou prevenção da moléstia, o atendimento em unidades credenciadas ao Sistema único de Saúde, com utilização de medicamentos genéricos.

Por fim, a proteção judicial conferida ao direito a saúde é ampla, e os Tribunais têm proferido decisões favoráveis aos postulantes por associar a saúde a um dos cânones do direito a vida, e parte indissolúvel da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERLIN, Isaiah. Meu caminho intelectual. In: HARDY, Henry (Org.). **A Força das idéias**. Tradução: EICHENBERG, Rosaura. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Disponível em <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani\\_bigolin](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin)>. Publicação em 30/06/2004. Acesso em 23 jul.2005, 13:41:00.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: evolução, normatividade e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRARI, Regina Maria MACEDO Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005,

GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W.W Norton and Company, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. Juris Síntese, n. 54, jul/ago. 2005.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução: Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. (Biblioteca de Ciências Sociais).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 57-58.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social**. Tradução: NASSETTI, Pietro. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)