

A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

LORENA CRISTIANE DA SILVA

Advogada

*Consultora no Ministério da Saúde pelo Programa das Nações Unidas
para o Desenvolvimento*

*Pós Graduada em Direito Ambiental pela UNB
Egressa do Curso de Direito do UNLARAXÁ – Turma 2003.*

Resumo

O presente estudo tem por objeto tecer algumas considerações sobre o Direito à Saúde como Direito Fundamental da pessoa humana, apontando as justificativas da corrente doutrinária que não enquadra os direitos sociais, no caso, mais especificadamente, o sanitário, dentre o rol dos fundamentais. Assim, considerando o caráter transformador da Constituição Federal de 1988, ou seja, a passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, que levou a patamares nunca antes conquistados no ordenamento jurídico brasileiro, direitos como é o caso do direito à saúde, busca-se elevar este direito considerado como social ao nível de direito fundamental, uma vez que a saúde vincula-se ao bem maior, a vida, externando toda a sua relevância na sociedade e no campo jurídico-constitucional, visando à aplicabilidade imediata deste direito como forma de se garantir a cidadania plena e a observância do princípio da dignidade humana.

Palavras Chave: Direito fundamental. Direito social. Saúde.

Abstract

The present study has as its purpose to weave some considerations about the Right to Health as a basic human person's right, pointing the justifications of the doctrinal chain that does not fit the social rights, in the case, more specifically the sanitary, among the roll of the basic ones. Thus, considering the transforming character of the Federal Constitution of 1988, or either, the transition from liberal constitutionalism to social constitutionalism, which took to levels never before conquered in Brazilian legal system, rights like the right to health, one searches to raise this right considered as social to the level of basic right, once health is connected to the major right to life, externalizing all its relevance in the society and in the legal-constitutional field, aiming to the immediate applicability of this right as a way to guarantee full citizenship and the observance of the principle of human dignity.

Key-words: Fundamental right. Social right. Health.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os Direitos Fundamentais. 2. Os Direitos Sociais. 3. O Direito à Saúde. 4. A Efetividade e a Aplicabilidade dos Direitos Sociais. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O Direito à Saúde é um dos mais importantes direitos contemporâneos, haja vista ser desdobramento do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Pela primeira vez, a Constituição Federal brasileira previu a saúde como um direito social fundamental, em que pese corrente que esvanece tal entendimento, é notório o caráter transformador dos direitos sociais, em especial o da saúde, ao ser tratado como direito público subjetivo de relevância pública.

Dentro deste contexto jurídico-constitucional, tal direito, ensejador de prestação positiva por parte do Estado, só se efetiva, garantindo o exercício da plena cidadania, quando há aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais na Constituição.

Desta forma, o presente trabalho, tem o intuito de tecer algumas considerações iniciais sobre o tema escolhido, visando a direcionar o entendimento dos direitos sociais como fundamentais, passíveis de aplicação imediata, como forma de efetivar na prática, a dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o art. 5º, § 1º da CRFB/88, em oposição a embasamentos doutrinários de raízes neoliberais que defendem a tese de que os direitos sociais não são direitos fundamentais, vinculando-os à tese da reserva do possível ou do mínimo existencial, dentre outros argumentos que serão elencados que, se aceitos, inviabilizam o cumprimento das obrigações de natureza positiva pelo Estado.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 representou um marco no avanço democrático nacional. Direitos que, nunca foram assegurados no Texto Constitucional, foram erigidos a patamares nunca antes conquistados no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso do direito à saúde.

Pela primeira vez, a Constituição brasileira prevê e reconhece a saúde como um direito fundamental social, conforme disposto no art. 6º.

A fim de melhor entender a saúde, objeto deste presente estudo como

direito social fundamental, analisemos primeiramente o que vem a ser um direito fundamental, suas características, o que o diferencia dos demais direitos, a fim de reportar à saúde a sua relevância como direito.

Primeiramente, cumpre registrar não ser uma tarefa fácil conceituar os direitos fundamentais, uma vez que, o catálogo destes direitos vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico.

A classe dos direitos considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. A própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos.

Vieira de Andrade¹, enfrentando a questão, pretende que, em última análise, o ponto característico para melhor conceituar os direitos fundamentais, seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade humana. Nisso estaria a fundamentalidade material destes direitos.

De toda forma, embora haja direitos formalmente consagrados como fundamentais sem apresentarem ligação direta com o princípio que os inspira, há de se convir em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”².

Os direitos e garantias fundamentais são, em sentido material, pretensões que, em cada momento histórico, se desdobram a partir do valor da dignidade humana.

Diante disto, pode-se, de forma singela e, em sentido estrito, conceituá-los como o conjunto de normas que cuidam dos direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo de determinado Estado, Segundo Canotilho³, os direitos fundamentais devem ser observados sob dupla perspectiva: objetiva – cabe ao Estado garantir o exercício desses direitos – e subjetiva – as pessoas têm o direito de exigir do Estado uma prestação (positiva ou negativa).

No qualificativo *fundamentais*, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”⁴.

¹ ANDRADE, J. C. V. de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra. Almedina. 1987.

² SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2001. p.109.

³ CANOTILHO, J.J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra. Coimbra. 1982. p.375-377.

⁴ SILVA, J. A. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo. Malheiros. 2001. p.65.

A história dos direitos fundamentais, a qual não será detalhadamente aqui tecida, uma vez que não é objeto do presente estudo, segundo Sarlet⁵, desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

O ponto culminante do processo de positivação dos direitos fundamentais deu-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, em que os ordenamentos jurídicos passaram a garantir internamente os direitos fundamentais, sem perder de vista a necessidade conjunta de internacionalização, sob uma perspectiva de generalização (extensão da titularidade desses direitos a todos os indivíduos e não somente à burguesia⁶).

No final do século XVIII e no início do século XIX, surgiram várias constituições focalizando os direitos individuais.

No Brasil, o reflexo desse processo é a Constituição de 1988, que constituiu um marco no que tange à garantia dos direitos fundamentais. Em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Texto Constitucional elenca um rol desses direitos, que vão desde os direitos fundamentais de primeira geração (considerados os direitos individuais, de liberdade), passando pelos de segunda geração (direitos à prestações positivas ou sociais, como o direito à saúde), até os de terceira geração (nomeados como de solidariedade ou coletivos, como o direito do consumidor, ao meio ambiente saudável).

Conforme dito anteriormente, a conceituação dos direitos fundamentais enfrenta algumas dificuldades, da mesma forma, enunciar as características próprias destes direitos. Tomarei por base os ensinamentos de Paulo Gustavo Gonet Branco⁷, que enuncia serem características dos direitos fundamentais: universalidade, historicidade, inalienabilidade, constitucionalização, vinculação aos Poderes Públicos e aplicação imediata.

Sobre a vinculação aos poderes públicos, deve-se destacar que a garantia e a realização dos direitos fundamentais é um dever do Estado, que não pode ser afastado sob pena de ofensa à Constituição e, acima disto, ofensa à dignidade do homem. Essa visão atrela-se à idéia de que os direitos fundamentais são elementos limitadores do poder político, racionalizando sua atuação e organização, para, proteger e garantir as liberdades e direitos dos indivíduos.

⁵ SARLET, I. W. Ob. cit. p.05.

⁶ ROIG, R. de A. *Las paradojas de los derechos fundamentales como limites al poder*. Madrid. Debate. 1992. p.36.

⁷ BRANCO, P. G. G. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1 Ed. Brasília. Brasília Jurídica. p.118/137.

Quanto à aplicação imediata, verifica-se um zelo nos sistemas jurídicos democráticos em evitar que as posições afirmadas como essenciais das pessoas quedem em letra morta, ou que, somente ganhem eficácia a partir da atuação do legislador. A Constituição brasileira de 1988 filiou-se à tendência de adotar o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, princípio este previsto nas constituições, alemã, espanhola, portuguesa, dentre outras.

No entanto, há defensores de que esta característica indicada pela própria Constituição, não significa sempre, de forma automática, que os direitos fundamentais gerem direitos subjetivos, concretos e definitivos. Há normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais que não são auto-aplicáveis; usualmente são as normas de índole social, carecedoras de uma complementação do legislador.

2. OS DIREITOS SOCIAIS

Primeiramente, deve-se observar que a previsão constitucional dos direitos sociais não se opõe aos direitos fundamentais de liberdade⁸. Pelo contrário, os primeiros partem do mesmo princípio de garantia de liberdades, porém, desenrola-se até a necessidade de assegurar também a igualdade social. Desta forma, as atuais Constituições, além de preverem os direitos fundamentais individuais, passaram a estabelecer os direitos fundamentais sociais.

A teoria da geração de direitos elaborada por Norberto Bobbio⁹ propõe a existência de fases históricas para o surgimento de determinados direitos. Em cada momento histórico, aparecem diferentes categorias de direitos: de primeira, segunda, terceira e quarta.

Os direitos sociais se enquadram nos direitos de segunda geração. Estes estão associados ao direito de igualdade, os quais exigem do Estado não uma postura de abstenção, mas uma postura positiva. Começam a nascer aqui às pretensões aos direitos de prestações materiais, como a educação, a saúde, etc.

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, previu um capítulo só para os direitos sociais. Em seu art. 6º assim estabeleceu: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma deste Constituição”.

⁸ CARVALHO, M. S. *A saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988*. Revista de Direito Sanitário, vol.4, n.02, julho de 2003. p.19.

⁹ BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. 2 ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus. 1992.

Percebe-se que, como direito público subjetivo, no plano da importância constitucional, a saúde não se distingue de outros direitos igualmente sociais, como os elencados no art. 6º. O que a diferencia de outros direitos sociais é o fato de a Constituição, expressamente, ter conferido às ações e serviços de saúde a qualidade de “relevância pública”.

Entre as funções dos direitos fundamentais sociais está a função de prestação social. Exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade.

O que se quer é um Estado ativo, interventor, implementador e fomentador de políticas públicas que promovam a igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade, assumindo a responsabilidade de promover o mínimo necessário à sobrevivência dos indivíduos.

Sobre a aplicabilidade dos direitos sociais já foi dito anteriormente que os direitos fundamentais, sem distinção alguma, possuem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º § 1º. No entanto, não há como negar que alguns destes direitos possuem aplicação de eficácia limitada, conforme expõe José Afonso da Silva¹⁰. É bem verdade que esses direitos sociais “usualmente tem sua eficácia plena condicionada a uma complementação do legislador”¹¹, porém esse condicionamento não pode ser visto como essencial para a aplicação da norma definidora de tais direitos no que couber.

Ainda, ressalte-se que a “complementação do legislador”, atualmente praticada de forma reiterada e exacerbada em alguns casos, “cria a tendência do Direito Positivo em particularizar as relações sociais básicas, com a destruição de sua autenticidade e minando a sua identidade”¹².

Tal situação acaba gerando um outro fenômeno, o da *transmutação*, ou seja, a conversão de situações tradicionalmente consideradas políticas em situações jurídicas¹³, como se o poder Judiciário fosse o grande implementador de políticas públicas, uma vez que a omissão do Estado em prestar serviços gera uma onda de demandas judiciais.

Ademais, cumpre salientar, que, infelizmente a posição dos que entendem que o art. 5º, § 1º da Constituição, permite ao Judiciário suprir a falta de norma legal para que se concretize um direito fundamental, diga-se de passagem, posição com a qual eu comungo, não encontrou supedâneo na

¹⁰ SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11 ed. São Paulo. Malheiros. 1996. p.178

¹¹ BRANCO, P. G. G. ob.cit. 135.

¹² FARIA, J. E. *apud* KELLER, A. A. *O descumprimento dos direitos sociais, razões políticas, econômicas e jurídicas*. São Paulo. LTr. 2001.p.76.

¹³ MENDES, G. F. *Hermenêutica constitucional e Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasília. Brasília Jurídica. 2002. p.205.

jurisprudência, pois o posicionamento do STF, desde o Mandado de Injunção – QO 107 (RTJ 133/11), firmou-se no sentido de não caber ao Judiciário assumir tarefa que o regime democrático e o princípio da separação dos poderes reservam ao Legislativo.

Convém destacar a questão da “reserva do financeiramente possível”¹⁴, que considera ser necessário, para a implementação dos direitos sociais, um ajuste orçamentário que determine a destinação de recursos para a implementação de políticas públicas referentes àqueles. Por isso justifica-se a rápida adesão à construção dogmática construída pelo STF, a partir do direito alemão da reserva do possível, partindo da premissa de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Tal questão será mais bem abordada no item 4.

Impende ainda salientar que o cenário internacional também traz complicações para a efetividade dos direitos sociais.¹⁵ Dentre as mais importantes, está o fenômeno da globalização, que provocou e continua a provocar, mudanças importantes nas relações entre Estado, Sociedade e Nação. O foco da mudança está em dois pontos: a redução do papel central do Estado como fonte e fomentador de direitos e o deslocamento da nação como principal fonte de identidade coletiva. Assim, os direitos civis e políticos são afetados, os civis e políticos, devido à interferência de organismos internacionais de controle, e os sociais, devido à exigência de se reduzir o déficit fiscal, diminuindo assim os benefícios obtidos através do Estado de Bem-Estar Social.

Daí, não podemos deixar de lado o desalento em concluir que, os direitos sociais, mais especificadamente aqueles de prestação material, só existem quando as leis, a vontade política e as políticas sociais os garantem.

3. O DIREITO À SAÚDE

A discussão sobre um conceito para a saúde atravessou séculos. Após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo encontrava-se com os resquícios das atrocidades sofridas, passou-se a questionar, com mais veemência, as condições humanas e a necessidade de garantia efetiva dos direitos humanos.

Iniciou-se um movimento com a Organização das Nações Unidas (ONU) que, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabeleceu um vasto

¹⁴ MENDES refere-se à decisão paradigmática da Corte Constitucional Alemã sobre a “reserva do possível”.op. cit. 205.

¹⁵ CURY, I. T. ob. cit. p.27.

campo de dispositivos referentes aos direitos sociais, em especial à saúde.

Sob os efeitos do pós-guerra, a ONU incentivou a criação de órgãos especiais para garantir direitos essenciais do homem. Dentre estes órgãos, surgiu a Organização Mundial de Saúde – OMS (1946), passando a saúde a ser com um dos direitos fundamentais de todo ser humano.

O marco teórico-referencial do conceito de saúde foi erigido em 26 de julho de 1946, no preâmbulo da Constituição da OMS, que assim o definiu: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença e outros agravos”, deixando claro, mais adiante que, “a posse do melhor estado de saúde que o indivíduo pode atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano” (grifei).

Seguindo este entendimento, as Constituições européias do pós-guerra afirmaram constitucionalmente o direito à saúde.

O Brasil sofreu tardiamente os efeitos referentes aos direitos sociais trazidos pelo pós-guerra. Como Dallari¹⁶ assinalou, “no Brasil, a incorporação constitucional dos direitos sociais foi sobremaneira lenta”.

Atravessando a história do direito sanitário no contexto-jurídico brasileiro, verificamos que as constituições de 1824 e 1891 não mencionaram expressamente o direito à saúde¹⁷ apesar de já, naquela época, o país sofrer grandes problemas de saúde pública, causados por epidemias de doenças infecto-contagiosas, como a malária, varíola, febre amarela, dentre outras doenças, combatidas apenas pelo sanitarismo campanhista.

As demais constituições trataram apenas quanto à competência dos entes federativos de legislar sobre a defesa e proteção da saúde, além de estabelecer e executar planos de saúde. Infelizmente, ainda não se enxergava a saúde como um direito fundamental social.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a incluir o direito à saúde no rol dos direitos fundamentais. Tal previsão encontra-se no art. 6º da Lei Maior, sendo um direito de todos, enunciado no art. 196 do mesmo diploma legal.

Dentro da sistemática da Constituição brasileira, podemos aferir a importância conquistada deste bem denominado saúde. Nos princípios norteadores do sistema¹⁸, observamos que a Constituição enfatiza o ser humano em sua tutela. O Estado Democrático de Direito tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art.1º, II e III).

¹⁶ DALLARI, S. G. *Os Estados brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo. Hutitec. 1995. p.22.

¹⁷ ROCHA, J. C. S. *Direito à Saúde, Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo. LTr.1999. p.39.

¹⁸ ROCHA, J. C. S. *Ob.cit.* p.44.

Mais adiante, percebe-se, no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, a garantia da inviolabilidade do direito à vida (art.5º, *caput*) e, conseqüentemente, a garantia do direito aos meios de vida.

Também a Constituição dispõe serem direitos de todos os trabalhadores, dentre outros, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. (art. 7º, XXII).

Para sua realização, o Texto Constitucional dispõe¹⁹, dentro da ordem social, os contornos da seguridade social, na qual são englobadas ações destinadas a assegurar o direito à saúde, financiadas por toda a sociedade, de forma direta ou indireta (art. 194) e organizadas em um sistema integral e descentralizado, denominado Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198). As ações e serviços públicos nesta área integram uma rede regionalizada e hierarquizada. O art. 200 elenca a atuação do SUS.

Este sistema, financiado com os recursos da seguridade social, dos entes federativos, além de outras fontes, está organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo aos serviços assistenciais;
- c) participação da comunidade.

A Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, “*dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*”, regulando as ações e serviços de saúde em todo o território nacional (art. 1º). Ressalte-se que a LOS relacionou a saúde com outros fatores, amoldando-se ao conceito de saúde proposto pela OMS, senão vejamos:

Art. 3º - A Saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais, os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Fica evidenciado que, para se garantir o direito à saúde, é imprescindível a realização de políticas públicas eficazes, que vão desde a implementação dos serviços de saúde propriamente ditos até a realização de ações relacionadas ao bem-estar social da população, como por exemplo, lazer.

¹⁹ CARVALHO, M. S. *A saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988*. Revista de Direito Sanitário, vol.4, n.02, julho de 2003. p.24/25.

O Ministério da Saúde tem procurado empenhar-se em atender às necessidades de dirigir todas as ações de saúde em direção à solução de problemas mais prementes da população. Para isto, requer-se a implantação e fortalecimento de estratégias de atenção primária como instrumento para interagir as ações públicas com as ações do setor privado nas medidas prioritárias.

Assim, citando Capra²⁰, percebe-se que,

muito embora a noção de saúde elaborada pela Organização Mundial da Saúde, tenha aceitação geral, o completo bem-estar do ser humano é um processo, ou seja, a saúde é uma busca contínua pelo equilíbrio entre influências ambientais, modos de vida e os vários componentes.

4. A EFETIVIDADE E A APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Preliminarmente, cumpre destacar que a eficácia dos direitos sociais resguardados pela Constituição Federal enseja na promoção do exercício da plena cidadania.

Verificou-se no item 2, que a maior dificuldade em se considerar o direito à saúde como direito fundamental social, está no fato de atribuir-se caráter programático à norma constitucional que o consagra, atingindo, por conseguinte, a problemática da efetividade e aplicabilidade dos direitos sociais.

Este pensamento abre margem a vários argumentos que tentam refutar a responsabilidade do Estado na prestação positiva (direito à saúde).

Cumpre destacar que os direitos sociais foram divididos em seu conteúdo em dois grupos: direitos de defesa, ligados ao direito primário de liberdade, os quais requerem uma abstenção do Estado e, portanto, não acarretam maiores problemas quanto a seus efeitos de aplicação imediata e os direitos prestacionais, ou sociais fundamentais que têm por objeto uma prestação positiva por parte do Estado. Encontram-se ligados a atividades de melhoria, distribuição e redistribuição de recursos existentes. É justamente em função do objeto principal deste direito e da forma como costuma ser positivado, normalmente como normas programáticas, que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua efetividade e aplicabilidade.

Considerando a dimensão econômica que abriga os direitos sociais, é que os defensores da doutrina neoliberal não consideram estes direitos (art. 6º da

²⁰ CAPRA, F. *O Ponto de Mutação*. 20 ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo. Cultrix. 1997. p. 305.

CFRB/88) como direitos fundamentais, alegando que sua efetividade depende de lei regulamentadora. Alegam que os textos constitucionais ao proclamarem e regularem os direitos sociais, estabeleceram normas de cunho programático, dependentes de regulação infra-constitucional, para assim, serem considerados como direitos públicos subjetivos.

Negando a obrigatoriedade destes direitos, e com base no sofisma criado de que os direitos sociais não se incluem no quadro dos fundamentais, a corrente neoliberal passou a se argumentar e sedimentar seu sofisma com base em três premissas, sobre as quais convém discorrer.

Ieda Tatiana Cury²¹ dispõe cada uma destas premissas, quais sejam:

a) 1ª premissa – sustenta a possibilidade de conflitos entre os direitos civis, políticos e sociais, uma vez que os últimos possuem uma dimensão não substancial da sociedade, pois são implantados, caso haja uma possibilidade dentro da reserva do possível, que considera ser necessário, para a implementação dos direitos sociais, um ajuste orçamentário que determine a destinação de recursos para a implementação de políticas públicas referentes àqueles. É visto que as previsões orçamentárias são importantes, mas, no fundo, não são os reais obstáculos da efetivação dos direitos sociais, uma vez que as mesmas dependem do quadro político de cada instante. O orçamento é constituído de acordo com as vontades políticas ou para a satisfação de interesses econômicos, sendo este, o grande problema.

Infelizmente, esta é a premissa mais utilizada como recurso de defesa pelos entes federados nas ações judiciais para se esquivarem de sua responsabilidade na prestação positiva social, referindo que os custos dos direitos sociais excedem os recursos orçamentários.

Tal argumento em hipótese alguma merece guarida, pois, se considerarmos que os direitos sociais dependem de grandes recursos públicos, o Brasil não poderia deixar nenhum recurso social a desejar, em face do vergonhoso recorde de cobrança na carga tributária em 2002, quando a carga tributária do país chegou a 36,4% do PIB, superando a taxa da Suíça. Neste sentido, pertinente a observação da revista VEJA²²:

País pobre cobrar imposto com a mesma gana das nações ricas não é apenas uma distorção: É uma condenação ao atraso. Segundo estudos do Banco Mundial, os únicos países em desenvolvimento que conseguiram crescer a taxas significativas nos últimos trinta anos foram aqueles cuja carga tributária ficou abaixo de 27% do PIB.²³

²¹ CURY, I. T. Ob.cit.138/142.

²² CURY, I. T. Ob.cit. p. 146.

²³ UM RECORDE PERVERSO. Veja. São Paulo. Abril, 16 fev. 2003.

Torna-se forçoso tentar entender como o argumento da “inexistência de recursos” prepondera para a não implantação de políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais.²⁴

b) 2ª premissa – desdobramento da 1ª premissa, baseia-se na função de subsidiaridade dos direitos sociais, em face dos políticos e civis, pautando-se também na teoria da reserva do possível, que sustenta a impossibilidade objetiva da implementação destes direitos, uma vez que há dependência econômica da viabilização do Estado e de sua conjuntura econômico-financeira, estando as políticas do Estado cada vez mais comprometidas com as injunções do mercado internacional, ficando a efetividade das normas sociais à mercê da comunidade internacional, no fundo, retirando a soberania do próprio Estado.

Saliente-se que tal posicionamento não deve prosperar haja vista que a implantação dos direitos sociais independe de maiores ou menores recursos públicos, mas está diretamente ligada à função precípua do Estado de assegurar o bem comum, através da democracia participativa, escolhendo em quais setores serão aplicados, preferencialmente, recursos públicos. Ademais, as disponibilidades materiais do Estado, quando bem direcionadas, permitem a realização de medidas práticas e eficazes.

Buscando amenizar a teoria da reserva do possível, surge a do mínimo existencial, que alega que os cidadãos só podem exigir do Estado as prestações sociais materiais mínimas, necessárias a sua subsistência.

Ricardo Lobo Torres²⁵ sustenta que os direitos sociais, não são, em regra, fundamentais, mas somente direitos vinculados à idéia de mínimo existencial ou social. Ao distinguir o mínimo existencial dos direitos sociais, Torres afirma: “a distinção entre os mínimos sociais e os direitos sociais se transforma em um tema central da problemática dos direitos humanos”. Ensina que os mínimos sociais prescindem de lei ordinária para sua eficácia, enquanto os direitos sociais não são direitos fundamentais, visto dependerem da regulação pelo legislador. Na esteira deste entendimento, o direito ao desenvolvimento, amplamente defendido pelos internacionalistas como direito humano, abrangendo direitos fundamentais como o da saúde, educação, passa a ter importância para a temática do mínimo existencial, por postular despesas orçamentárias obrigatórias. No entanto, não existe fórmula para se precisar em que reside

²⁴ CURY, I. T. *Direito Fundamental à Saúde*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2005. p.146

²⁵ TORRES, R. L. *A cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. Rio de Janeiro. Renovar. 1999. p.139/141.

este mínimo existencial, sendo assim evasivo tal argumento, por submeter a vida humana ao voluntarismo político.

Alega também que a garantia dos mínimos sociais pelo Judiciário é plausível. Por outro lado, não cabe ao Judiciário a garantia dos sociais, por estes não estarem legislados.

Infelizmente essa teoria, tem servido de justificativa para interpretar a aplicação dos direitos sociais, significando que o princípio da dignidade humana, basilar do sistema constitucional, passa a ter roupagem social e econômica.

a) 3ª premissa – baseia-se no formalismo positivista, que entende o Direito como o primeiro sistema de normas, no qual a formalidade se torna um princípio garantidor da aplicabilidade dos direitos. Sustenta esta linha que muitas normas sociais não possuem aplicação imediata por não conterem um mínimo de condições para sua efetivação. Ainda, nesta linha do formalismo, apóia-se que a separação dos poderes constitui obstáculo absoluto para o deferimento pelo Poder Judiciário de prestações positivas a serem custeadas pelo Poder Público, entendendo que o Judiciário estaria invadindo competência do Legislativo e Executivo, rompendo o equilíbrio entre os Poderes.

Diante desta interpretação errônea, o Supremo Tribunal Federal tem firmado sua jurisprudência, conforme já mencionado, no sentido de não caber ao Judiciário assumir tarefa que o regime democrático e o princípio da separação dos poderes reservam ao Legislativo.

Deve-se ter em mente que a separação dos poderes não é algo absoluto, devendo ser excepcionada em algumas situações, como o caso de garantir eficácia aos direitos sociais fundamentais.

Embora exista, na doutrina e na jurisprudência, profunda dificuldade em elevar o regime jurídico dos direitos sociais ao nível dos direitos fundamentais, submetendo-os às normas programáticas, à espera de serem regulamentados para produzirem seus efeitos, deve-se primar pelo entendimento de que os direitos prestacionais sociais encontram-se no postulado otimizador da máxima eficácia possível, ensejando na presunção da aplicabilidade imediata, haja vista a norma contida no art. 5º, § 1º da CRFB/88.

Deve-se considerar que o art. 5º, § 1º da Constituição Brasileira, estabeleceu que *“as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*. Apesar do dispositivo estar subordinado ao art. 5º, sua abrangência não se limita aos direitos individuais, englobando todos os direitos fundamentais, inclusive e em especial, os sociais.

O significado essencial dessa cláusula é o de ressaltar que as normas

que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e, não, meramente programático, sendo os direitos fundamentais não meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e, sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.²⁶

Verifica-se que nos países de vocação social, há a tendência de se associarem os direitos sociais aos fundamentais. O institucionalista Peter Haberle²⁷, entre outros, defende a idéia de vários direitos sociais fundamentais.

Esta posição também persevera no direito português, onde segundo Canotilho, *“os direitos sociais são direitos originários a prestações, fundados na Constituição e não direitos a prestações derivadas de lei”*.

No Brasil, seguem esta linha Celso Antonio Bandeira de Melo, Alexandre de Moraes, dentre outros.

Assim, o direito à saúde, fundado a partir do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, deve ser resguardado pelo Estado Democrático de Direito, o qual postula norteadores os fundamentos da inclusão social e os direitos de cidadania.

CONCLUSÃO

A apreciação da temática do direito à saúde teve por objetivo estabelecer seus contornos, suas controvérsias para se alcançar uma efetiva aplicabilidade.

Para se promover a verdadeira e plena cidadania, os direitos sociais, principalmente o direito à saúde devem ser efetivados no nível dos direitos fundamentais, respeitando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde, codificado em vários tratados e Constituições, reflete a postura dos Estados em reconhecerem suas responsabilidades concernentes à saúde. No entanto, como foi posto no presente trabalho, a implantação desta responsabilidade esbarra-se em alguns pontos, tais como a conformação do legislador infraconstitucional, a “teoria da reserva do possível”, vontade política de cada situação espaço-temporal, a fraca implementação internacional e nacional de metas para alcançá-lo. Estes fatores esvanecem a aplicabilidade imediata destes direitos, comprometendo, assim, o ser humano e o seu bem maior – a vida.

Entretanto, o presente trabalho teceu algumas considerações para sustentar

²⁶ BRANCO, P. G. G. Ob.cit. p. 126.

²⁷ SARLET, I. W. Ob. cit. p.279.

que os direitos fundamentais sejam eles civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais, são acionáveis e demandam séria e responsável observância, pois a CFRB/88, ao elencar os direitos que exigem uma prestação positiva, teve como objetivo efetivar a dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que a saúde é um processo em construção contínua, em que a afirmação da cidadania plena urge pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais na Constituição Federal.

Assim, não obstante o direito à saúde seja alcançado progressivamente, a sociedade precisa exigir ampliação da atuação estatal na prestação dos serviços públicos, em especial, nas ações de saúde, pois a dignidade humana, sendo princípio fundamental do Estado, só pode ser efetivamente conquistada quando o povo brasileiro alcançar níveis de saúde propostos pelos organismos internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, J. C. V. **Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra. Almedina.1987.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 2 ed. Trad. Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus. 1992.
- BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1 ed. Brasília. Brasília Jurídica. 2003.
- CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e a vinculação do legislador**. Coimbra. Coimbra. 1982.
- CAPRA, F. **O ponto de mutação**. 20 ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo. Cultrix.1997.
- _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra. Almedina.1997.
- CARVALHO, M. S. **A Saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito Sanitário, vol. 4, nº 02, jul/2003.
- CURY, I. T. **Direito fundamental à saúde**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2005.
- DALLARI, S. G. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo. Huítec.1995.
- FARIA, J. E. *apud* Keller, A. A. **O descumprimento dos direitos sociais, razões políticas, econômicas e jurídicas**. São Paulo. LTr. 2001.

MENDES, G. F. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1 ed. Brasília. Brasília Jurídica. 2003.

OLIVEIRA JUNIOR, J. A. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2000.

ROIG, R. A. **Lãs paradojas de los derechos fundamentales como limites al poder**. Madrid. Debate. 1992

SANCHIS, P. **Estúdios sobre derechos fundamentales**. Madri. Debate. 1994.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2001.

STRECK, L. L. **Jurisdicção constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo. Malheiros. 2001.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. São Paulo. Malheiros. 1996.

ROCHA, J. C. S. **Direito à saúde, direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo. LTr. 1999.

TORRES, R. L. **A cidadania multidimensional na era dos direitos**. Rio de Janeiro. Renovar. 1999.