

LORENA MARIA PERES NOGUEIRA

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão de bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof^ª. Christine Oliveira Peter Silva

**BRASÍLIA - DF
2008**

Dedico primeiramente a Deus que com sua infinita sabedoria iluminou meu caminho para que eu chegasse até aqui contando sempre com muita fé, perseverança e otimismo.

À Fernanda Monike Peres (in memoriam) por ter me deixado como exemplo a melhor maneira de conduzir a vida, contando sempre com mansidão, doçura e humildade.

Pela minha mãe, Lora, pelo amor, doação total e por ser minha fonte inspiradora de um mundo mais humano.

Pelas minhas tias, Rosa, Maria Ângela, Carolina, Glória, Madalena, Edma, Diva e Lila e seus respectivos maridos em especial tio Nudmir, Lúcio, Antônio e José Geraldo por terem me ensinado a encontrar na aridez da realidade, a força para construir a realização dos meus sonhos.

Ao meu primo Leandro Henrique pelo apoio seguro nos momentos de desespero pelo quais, parece, passar todo formando com seus primeiros e reais prazos da vida e ainda por ser meu exemplo de profissional, poeta e pai admirável.

Aos meus primos e primas pelo incentivo e carinho.

Aos meus amigos pela compreensão nos períodos de ausência e pela torcida.

A minha orientadora pela paciência e pelas críticas sempre construtivas.

Enfim obrigada a todos que ajudaram de alguma forma para a concretização de mais uma importante etapa da minha vida.

RESUMO

A presente pesquisa buscou abordar a problemática questão sobre a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais sociais, dando maior importância ao direito fundamental à saúde. Os direitos fundamentais devem ser marcados principalmente pelo seu forte compromisso ao princípio da dignidade da pessoa humana e pela efetivação de suas normas programáticas. A técnica utilizada foi a pesquisa bibliográfica, através da qual houve a possibilidade de demonstrar diversos argumentos, de diferentes autores, mostrando, o que mais prevalece na doutrina. As normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata, o que traduz a pretensão do Constituinte de instituir uma vinculação entre os entes Estatais e os direitos fundamentais. Estes direitos por serem concebidos como direitos subjetivos públicos, são tidos, como direito dos cidadãos em face do Estado exigindo-se dele certas, obrigações ou abstenções. Por isso, o Poder Público deve executar as chamadas políticas públicas para tornar possível a concretização desses direitos. No que tange ao direito à saúde, este é posto, como direito de todos e dever do Estado, exigindo não só o comprometimento dos órgãos estatais, como também de uma vontade geral, para só assim, tornar possível a sua concretização. Relevante ainda, foi demonstrar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal comprometida com a plena realização dos direitos fundamentais, especialmente o direito fundamental à saúde.

Palavras-chave: Estado de Direito, Estado Constitucional, direitos fundamentais sociais, aplicabilidade imediata, direito à saúde, Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	8
1.1 Estado de Direito	8
1.1.1 <i>Estado Liberal de Direito.....</i>	<i>10</i>
1.1.2 <i>Estado Social de Direito.....</i>	<i>13</i>
1.1.3 <i>O Estado Democrático de Direito.....</i>	<i>15</i>
1.1.4 <i>Os princípios do Estado Democrático de Direito.....</i>	<i>17</i>
1.2 Estado Constitucional	19
2 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS ...	26
2.1 A estrutura e as normas de direitos fundamentais.....	28
2.1.1 <i>Tipologia das normas de direitos fundamentais.</i>	<i>30</i>
2.1.2 <i>Os Direitos Sociais na sua dimensão prestacional e de defesa</i>	<i>32</i>
2.2 A interpretação e a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.....	33
2.2.1 <i>Princípio da aplicabilidade imediata.....</i>	<i>35</i>
2.2.2 <i>Eficácia das normas programáticas na concretização dos direitos sociais</i>	<i>38</i>
2.2.3 <i>Instrumentos para eficácia das normas constitucionais</i>	<i>43</i>
3 DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO À SAÚDE.....	46
3.1 Operadores no processo da concretização dos direitos sociais.....	48
3.1.1 <i>Organizações da sociedade civil.....</i>	<i>49</i>
3.1.2 <i>O poder legislativo e a sua importante função concretizadora.</i>	<i>50</i>
3.1.3 <i>Órgãos da administração estatal</i>	<i>53</i>
3.1.4 <i>O Poder Judiciário e seu importante papel concretizador.</i>	<i>54</i>
3.2 O fundamental direito à saúde.	56
3.2.1 <i>O direito à saúde na legislação brasileira.....</i>	<i>58</i>
3.2.2 <i>O direito à saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	<i>62</i>
3.3 Um indispensável diálogo institucional acerca do direito à saúde	66
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

O estudo ora apresentado visa demonstrar pesquisa realizada no campo do Direito Constitucional, no que tange a problemática da eficácia dos Direitos Fundamentais, dando ênfase ao fundamental direito à saúde, por ser este o direito mais elementar sendo condição de toda a existência humana.

O presente trabalho seguirá a linha dogmática-jurídica, através das técnicas documental e bibliográfica, tendo por finalidade investigar a eficácia e a concretização dos direitos fundamentais, especialmente do direito à saúde.

A pesquisa apresentada, num primeiro momento, foi construída no intuito de responder à seguinte questão: por que, em nossa Constituição, são assegurados os direitos fundamentais, sendo esses direitos tidos como imprescindíveis tais como o direito à saúde, à moradia, ao trabalho, dentre outros, e na prática, não nos deparamos com sua eficácia total?

Para conseguir responder essa questão revela-se necessário investigar a evolução do Estado, bem como considerações feitas sobre o Estado Constitucional, concepções da Constituição de 1988, as normas de direitos fundamentais, bem como sua aplicabilidade imediata como normas programáticas, os órgãos estatais e suas políticas públicas, o direito fundamental à saúde, e, por fim, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal frente a este direito.

Por ser os direitos fundamentais uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja essência e a razão residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais do homem,

não poderia deixar de mencionar, no primeiro capítulo, a evolução histórica dos Estados buscando abordar separadamente as características e as falhas de cada um no seus pontos mais importantes para a época e por que não, até os dias atuais.

O Estado Liberal contribuindo com a inspiração original de liberdade, o Estado Social dando forma aos direitos sociais, o Estado Democrático de Direito inserindo a participação efetiva e operante do povo na coisa pública e o Estado Constitucional pela sua preservação dos direitos fundamentais cada qual com suas características básicas contribuindo para a formação da nossa história.

E diante desse contexto são importantes as considerações de diversos autores como Pedro Vidal Neto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Joaquim Gomes Canotilho, José Afonso da Silva, Antônio Henrique Perez Luño, Paulo Bonavides, dentre outros.

Assim, dado o reconhecimento dos direitos fundamentais é que se busca no segundo capítulo, tratar da eficácia dos direitos fundamentais sociais abordando questões como interpretação e aplicação destes direitos, princípio da aplicabilidade imediata, estruturas e normas de direitos fundamentais, com ênfase para as normas programáticas.

O objetivo desse capítulo é suprir questões do tipo: como normas de direitos sociais são dotados de efetivação e aplicabilidade imediata uma vez que são normas concebidas como programáticas, que necessitam para gerar efeitos uma interposição do legislador constituinte?

Nesse diapasão, serão estudadas as contribuições de diversos autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Bonavides, Joachim Andreas Krell, Luís Roberto Barroso, Maria

Helena Diniz, Inocêncio Mártires Coelho, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Joaquim Gomes Canotilho, José Afonso da Silva, Ana Rosália Corbari, dentre outros.

E ao nos depararmos com a pretensão dos direitos fundamentais sociais e o Estado Brasileiro como provedor dos serviços essenciais para grande parte da população é que foi formado o terceiro capítulo no qual iremos tratar da concretização dos direitos fundamentais.

No último capítulo, vai-se analisar o papel dos órgãos Estatais, Poder Legislativo, Executivo, Judiciário, que atuando, através de políticas públicas, visam materializar suas ações na forma de prestações de serviços como operadores no processo de concretização dos direitos fundamentais sociais.

Para ilustrar a temática, será escolhido o direito à saúde e seu posicionamento dado pelo órgão máximo do Poder Judiciário, Supremo Tribunal Federal, como guardião deste direito fundamental social. A escolha pelo direito à saúde não foi dada pelo simples fato de ser esta, um existencial humano vinculado na própria sobrevivência humana, mas sim por ser este um direito abraçado com as exigências da dignidade humana.

Assim, o tema abordado neste estudo é bastante polêmico, sendo passível de diversos posicionamentos e questionamentos, por isso é necessário salientar que os direitos fundamentais, e em especial à saúde, não é apenas dever do Estado, mas também da família, da sociedade e, acima de tudo, de cada um de nós.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história dos direitos fundamentais é traçada pelo caminho do Estado Constitucional cuja essência visa principalmente à dignidade da proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.¹

Com o reconhecimento dos direitos fundamentais os mesmo foram positivados e inseridos em nossa Constituição, sendo está a Lei Maior fundou um governo não autoritário, onde o Estado de Direito passou a ser um Estado Constitucional de direitos². Analisaremos a seguir as três formas do Estado de Direito, tal qual a Liberal, Social e Democrática abordando separadamente suas principais características. Por fim, serão feitas algumas considerações sobre o Estado Constitucional, paradigma que direcionará os estudos aqui apresentados.

1.1 Estado de Direito

Pode-se dizer que o Estado de Direito seria aquele no qual se asseguram as condições do exercício da liberdade do homem, onde o Estado, como representante da sociedade dos homens, garante a todos o pleno exercício de suas vitalidades. Deste modo, o ente Estatal estabelece as normas que balizam este crescimento, os limites dentro dos quais deve ser exercido, e torna a sociedade o “*habitat*” natural do homem, onde nela se encontra

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p.36.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 3.

integrado, só podendo sobreviver, co-existir e conviver dentro dela. O Estado de Direito determina que homem e sociedade, cidadão e Estado, vivam em harmonia.³

A expressão Estado de Direito foi originalmente empregada por Robert Von Mohl para designar o Estado Liberal, isto é, o modelo de Estado emergente da filosofia jurídica e política do século XVIII, que informa os princípios do jusnaturalismo. Foi sintetizada nas Declarações de Direitos da Revolução Americana e da Revolução Francesa. A idéia de Estado de Direito surgiu, portanto com o caráter polêmico, opondo-se ao Estado de Polícia, caracterizado pela concentração e ilimitação do poder, endereçado à realização do bem comum, mas segundo a exclusiva interpretação dos governantes.⁴

Estado de Direito (o *Reechsstaat* dos alemães), é o regime em que o direito regula, minuciosa e imperativamente, a vida e a atividade do Estado, a sistematização e o funcionamento de seus órgãos e suas relações com o direito dos indivíduos. Assim, verifica-se que o Estado de Direito se distingue por dois traços: a) limitação jurídica do arbítrio do poder público; b) estabilidade jurídica das garantias individuais.⁵

Pode-se afirmar que nem todo Estado é de Direito, embora todo Estado disponha de um sistema normativo jurídico e atue sob o amparo de um Direito. Elias Diaz acrescenta que o Estado de Direito é o Estado cujo poder é regulado e limitado pela lei, concepção que exclui qualquer forma de governo autoritário, absoluto e totalitário.⁶

³ CORRÊA, Oscar Dias. **A defesa do estado de direito e a emergência constitucional**. Rio de Janeiro, 1980, p. 14.

⁴ VIDAL NETO, Pedro. **Estado de direito: direitos individuais e direitos sociais**. São Paulo: LTR, 1979, p. 158.

⁵ CORRÊA, Oscar Dias. **A defesa do estado de direito e a emergência constitucional**. Rio de Janeiro, 1980, p. 22.

⁶ *Apud* VIDAL NETO, Pedro. **Estado de direito: direitos individuais e direitos sociais**. São Paulo: LTR, 1979, p. 158.

Sob esse aspecto deve ser inserida a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini e Ana Cândida da Cunha Ferraz, no sentido de que o Estado de Direito repousa sobre dois princípios básicos, a lei e o juiz: “A lei é tomada como um instrumento de limitação do poder e de garantia da liberdade”⁷. O Juiz, imparcial e independente, diante do poder, atua de acordo com o *due process of law*. O processo não é apenas um meio técnico, mas um instrumento, de garantia dos direitos fundamentais e realização de justiça.

Estado de Direito deve ser entendido como uma expressão, em si redundante, pois se não há Estado sem Direito, também não há Direito sem Estado. Imprescindível é, no Estado de Direito, a efetiva proteção jurisdicional dos direitos fundamentais⁸, pois estes serviram de base à estruturação do Estado.⁹

Conclui-se até aqui que o Estado de Direito condensa o ideal de um Estado em síntese, no qual “não reinam homens, mas lei”¹⁰. Ou seja, o império do Direito, do Justo, sobre as relações sociais.

1.1.1 Estado Liberal de Direito

A sociedade contemporânea, cujas raízes estão no Ocidente do Século XVIII, tem como inspiração original a idéia de liberdade. Com efeito, esse direito resulta que o homem tem algumas prerrogativas que lhe são próprias de sua natureza, posto a sua

⁷ *Apud* VIDAL NETO, Pedro. **Estado de direito**: direitos individuais e direitos sociais. São Paulo: LTR, 1979, p. 160-161

⁸ VIDAL NETO, Pedro. **Estado de direito**: direitos individuais e direitos sociais. São Paulo: LTR, 1979, p. 160.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 95.

¹⁰ CORRÊA, Oscar Dias. **A defesa do estado de direito e a emergência constitucional**. Rio de Janeiro, 1980, p. 20.

liberdade, ou seja, que ele tenha o direito natural e intangível de pensar e exteriorizar o seu pensamento.¹¹

Na origem, o Estado de Direito, era um conceito eivado do pensamento liberalista, daí falar-se em Estado Liberal de Direito. O Estado de Direito começou por ser caracterizado em termos como “Estado da Razão”, Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa.

Sendo o Estado de Direito um conceito tipicamente Liberal suas características básicas foram¹²: a) submissão ao império da lei, que era a nota primária do seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) enunciado e garantia dos direitos individuais.

O Estado Liberal de Direito foi harmonizado com os princípios do capitalismo individualista.¹³

Nele é limitado à defesa da ordem e segurança públicas, remetendo os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Nesse contexto os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito a uma esfera de liberdade individual.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 112-113.

¹³ CORRÊA, Oscar Dias. **A defesa do estado de direito e a emergência constitucional**. Rio de Janeiro, 1980, p. 17.

Compreende-se, por isso, que os dois direitos fundamentais são, basicamente, a liberdade e a propriedade.¹⁴

A fórmula de Estado de Direito, apresentada anteriormente, foi empregada a fim de apontar o Estado Liberal, cujas características foram nos seguintes pontos¹⁵: a) reconhecimento dos direitos individuais, abrangentes da liberdade, igualdade, segurança e propriedade; b) esses direitos são concebidos como universais, inatos, inalienáveis e invioláveis; c) seu núcleo, a liberdade, consiste no reconhecimento de uma esfera de ação reservada ao indivíduo e interdita à ingerência do Estado; caracteriza-se, também, pela não intervenção do Estado na atividade econômica, regida por leis naturais, assim como pela participação do indivíduo na vontade do Estado; d) a liberdade é primária e só comporta as restrições necessárias à harmonização com igual liberdade dos demais; e) essas restrições só podem ser estabelecidas pela lei, expressão da vontade geral; a lei só é legítima enquanto busca a utilidade comum; f) a igualdade é traduzida pela inexistência de privilégios diante da lei; define-se, portanto, como igualdade de todos perante a lei e liga-se ao caráter de generalidade desta; g) limitação do poder conseqüente ao reconhecimento desses princípios e reforçada pelo mecanismo da separação de poderes; h) legitimação democrática do poder.

O extremo culto da lei no Estado Liberal, como forma de contestação dos poderes do Estado e como forma de garantia das liberdades negativas, acabou transformando o Estado de Direito em um mero Estado de legalidade. Com isso, a sociedade então reclamou uma renovação, exigindo que as leis fossem, necessariamente, expressões da justiça social.¹⁶

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 93.

¹⁵ VIDAL NETO, Pedro. **Estado de direito: direitos individuais e direitos sociais**. São Paulo: LTR, 1979, p. 159-160.

¹⁶ SILVA, Enio Moraes da. Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: n.167, jul/set, 2005, p. 220.

Assim, Enio Moraes aduz que o Estado Liberal poderia ir além da igualdade jurídica, formal, dando encontro com o igualitarismo democrático, sendo essa uma conquista de um ideal de uniformidade econômicas e de oportunidades.¹⁷

1.1.2 Estado Social de Direito

Para José Afonso da Silva o individualismo, o abstencionismo ou mesmo o neutralismo do Estado Liberal provocaram grandes injustiças, permitindo que os movimentos sociais formassem uma consciência da necessidade da justiça social. Surge o Estado Social de Direito, onde o qualificativo social opõe-se ao individualismo clássico liberal e confirma-se pelos chamados direitos sociais e realização de objetos de justiça social.¹⁸

O Estado Social de Direito não só atualizaria os postulados liberais do Estado de Direito, harmonizando-os com a exigência da Justiça Social, adotando-se assim uma política econômico-social intervencionista, planificadora e socializante.¹⁹

A Revolução Industrial desenvolveu-se graças aos pressupostos do liberalismo, mas, sob os postulados dessa doutrina, fez agravar os problemas sociais, criando contradições que tornaram necessárias a intervenção do Estado.

O intervencionismo foi reclamado em favor dos trabalhadores para assegurar-lhes o direito ao trabalho e a um mínimo de condições de vida, delineando-se assim com as primeiras leis trabalhistas. Sob o influxo desses fatores, deram forma aos direitos

¹⁷ SILVA, Enio Moraes da. Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: n.167, jul/set,2005, p. 222.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 115.

¹⁹ CORRÊA, Oscar Dias. **A defesa do Estado de Direito e a emergência constitucional**. Rio de Janeiro, 1980, p. 20.

sociais. Não mais se propugna pela abstenção do Estado, mas ao contrário, reclama-se sua atuação positiva.²⁰

A solução está em dar um conteúdo econômico social e em realizar, dentro de seus quadros, uma nova ordem de trabalho e distribuição dos bens. O Estado Social de Direito corresponde a essa necessidade, opondo-se à anarquia econômica e à ditadura dos interesses privados para resguardar os valores da civilização.²¹

Assim, observa-se que o Estado Social de Direito caracteriza-se no propósito de compatibilizar dois elementos: o capitalismo como forma de produção, e a concepção de bem-estar social geral²². Ainda, para Vidal Neto, ocorre aqui um prolongamento das concepções da Constituição de Weimar, sendo o Estado Social de Direito um Estado de Direito, com todas as suas características fundamentais com alguns acréscimos, dentre os quais sobressai o empenho na promoção do bem estar social e na participação do indivíduo nos benefícios da civilização.²³

Não se pode negar que o passo dado em direção ao Estado Social foi uma grande evolução da sociedade. Entretanto, o caminho apenas se iniciou, pois para Enio Moraes a debilidade desse tipo de Estado se constata quando a manifestação do seu aspecto social não passa de mero paternalismo e este se encontra em uma estrutura política concentradora de poder, autocrática, ou mesmo em falta de legitimidade popular.²⁴

²⁰ VIDAL NETO, Pedro. **Estado de direito**: direitos individuais e direitos sociais. São Paulo: LTR, 1979, p. 162.

²¹ VIDAL NETO, Pedro. **Estado de direito**: direitos individuais e direitos sociais. São Paulo: LTR, 1979, p. 165.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 115

²³ VIDAL NETO, Pedro. **Estado de direito**: direitos individuais e direitos sociais. São Paulo: LTR, 1979, p. 165.

²⁴ SILVA, Enio Moraes da. Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: n.167, jul/set.2005, p. 225.

1.1.3 O Estado Democrático de Direito

As considerações acima mostram que o Estado de Direito, seja apresentado como o Estado Liberal seja como Estado Social, nem sempre caracterizam Estado Democrático. Este se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, visando, assim, realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.²⁵

Nesse sentido, é mister se contrapor ao Estado Liberal, pois, como lembra Paulo Bonavides: “a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tão pouco a teoria igualitária de que todos têm direito iguais a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito”.²⁶

Os valores e princípios que envolvem o Estado Democrático de Direito segundo Enio Moraes da Silva são:

- (1) Um Estado Democrático de direito tem seu fundamento na soberania popular;
- (2) A necessidade de providenciar mecanismo de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva;
- (3) É também um Estado Constitucional, ou seja, dotada de uma constitucionalização material legítima rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia e que vincule todos os poderes e os atos dela provenientes.
- (4) A existência de um órgão guardião da constituição e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida.
- (5) A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas suas expressões;

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 117.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3. ed. Rio de Janeiro, fundação Getúlio Vargas, Serv. de publicações, 1972, p. 45.

(6) Realização da democracia, além da política, a social, econômica e cultural, com a conseqüente promoção da justiça social;

(7) Observância do princípio da igualdade;

(8) A existência de órgãos judiciais livres e independentes, para a solução dos conflitos entre sociedade, entre indivíduos e destes com o Estado;

(9) A observância ao princípio da legalidade, sendo a lei formada pela legítima vontade popular informada pelos princípios da justiça;

(10) A observância do princípio da segurança jurídica, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando assim, a previsibilidade jurídica.²⁷

Como já citado, o Estado Democrático de Direito é baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e na organização política democrática, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.²⁸

A democracia deve ser, portanto, participativa, com o envolvimento crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo. Deve ser, ainda, pluralista, respeitando a diversidade de idéias, culturas e etnias, pressupondo diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes. Há também de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.²⁹

²⁷ SILVA, Enio Moraes da. Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: n.167, jul/set.2005, p. 228-229.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119.

A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime Democrático que realize a justiça social.³⁰

Na Constituição Federal, em seu artigo 1º, a expressão República Federativa do Brasil refere-se a Estado Democrático de Direito. Essa Constituição abre as perspectivas de realização social profunda pela realização dos direitos sociais que lhe está inserida e pelo exercício dos instrumentos que oferecem cidadania e que possibilitem concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.³¹

1.1.4 Os princípios do Estado Democrático de Direito

José Afonso da Silva afirma que são princípios do Estado Democrático de Direito: o princípio da legalidade, princípio da igualdade, princípio da justiça social, princípio da constitucionalidade, princípio democrático, princípio da divisão dos poderes, princípio da segurança jurídica.³²

Limitar-se-á indicar alguns desses princípios. O primeiro é o da legalidade, um princípio basilar do Estado Democrático que recebeu sua forma definitiva no artigo 5º da Declaração de 1789: “tudo que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que não ordena”. Contém nele a afirmação da liberdade como regra geral. Equivale a dizer que cada homem é livre pra fazer o que a lei não proíbe. Esse aspecto é praticamente o mais importante para a liberdade dos homens na vida em sociedade.³³

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 122.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 120.

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 122.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24.

É válido dizer, que toda a atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo, estabelecido generosamente na Constituição.³⁴

Já o conceito de igualdade está inseparavelmente ligado ao conceito de lei. A lei, no sentido de Estado de Direito, significa uma regulação normativa, dominada pela idéia de justiça. Assim no seu artigo 6º da Declaração de 1789, vem a consagração da isonomia: “Ela deve ser a mesma para todos, sendo quando protege ou quando pune”. E mais: “Sendo os cidadãos iguais a seus olhos, têm eles igualmente acesso a todas as dignidade, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que suas virtudes e de seus talentos”.³⁵

Num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pauta a lei. Obedecendo assim o princípio da legalidade e desse decorrendo o princípio da igualdade. E ambos estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, o da justicidade. Este princípio consta no seu artigo 170, *caput* e no artigo 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social. Para Carl Schmitt, esse princípio é de decorrência da mensurabilidade de todas as manifestações de poder do Estado presumindo assim que a liberdade do indivíduo é ilimitada e toda faculdade do Estado limitada, portanto mensurável.³⁶

Por fim é válido também ressaltar o princípio da constitucionalidade exprimindo que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que dotada de supremacia, vincule todos os

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 419.

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26-27.

³⁶ *Apud.* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

poderes e atos deles proveniente, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional.³⁷

1.2 Estado Constitucional

Para Peter Häberle:

Estado Constitucional é um modelo jurídico-político em que os poderes são conformados e limitados pelo direito através de princípios constitucionais formais e materiais, quais sejam, os direitos fundamentais, a função social das instituições, a divisão de poderes e a independência dos Tribunais.³⁸

Nessa doutrina confirma-se um maior valor aos princípios como fontes de direito.

O Estado Constitucional se diverge do Estado de Direito em três pontos distintos. São eles, a superioridade da lei para a superioridade da Constituição, a reserva da lei para a reserva da Constituição e, o controle jurisdicional de legalidade para o controle jurisdicional de constitucionalidade.³⁹

A lei representava no Estado de Direito sua fonte jurídica suprema, essa superioridade da lei deu lugar no Estado Constitucional para a superioridade da Constituição, a qual foi considerada o topo da pirâmide jurídica, conciliando assim o restante das normas com o seu conteúdo.⁴⁰

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 122.

³⁸ LUÑO, Antônio-Henrique Perez. **Teoria de Peter Häberle**. Universalidade dos Direitos Humanos e o Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2002, p. 82.

³⁹ LUÑO, Antônio-Henrique Perez. **A universalidade dos direitos humanos e o estado constitucional**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2002, p. 61.

⁴⁰ LUÑO, Antônio-Henrique Perez. **A universalidade dos direitos humanos e o estado constitucional**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2002, p. 62.

Nesse ponto de vista R. Wahl aduz que “a lei, medida exclusiva de todas as coisas em um determinado tempo, cede assim o lugar a Constituição e se converte ela mesma em objeto de medição. A lei é destronada em favor de uma instância mais alta”.⁴¹

Além disso, a dificuldade causada pelo extenso número de normas legais e o grau de complexidade também são circunstâncias que complicam não só o entendimento dos cidadãos, mas como também dos legisladores e juristas, substituindo assim, a reserva da lei por uma reserva da Constituição.⁴²

Outro fator se constata pelo fato do fundamento do Estado de Direito se pairar numa decisão do soberano, ou seja, do monarca do povo. Já no Estado Constitucional, o poder se apóia em um ordenamento jurídico, cuja principal característica e não única é a preservação dos direitos humanos.⁴³

Para Perez Luño, a relação entre esses dois Estados não são opostas, mas sim uma “decantação interna da própria trajetória evolutiva do Estado de Direito”.⁴⁴

Para compreender melhor o Estado Constitucional, faz-se necessário analisar com maior profundidade o papel dos direitos fundamentais para sua concretização. Isso não quer dizer que os direitos fundamentais sejam a característica mais importante, ou que a expansão da jurisdição constitucional e a interdependência entre os Poderes não sejam igualmente relevantes para o Estado Constitucional, mas que, por uma opção metodológica da presente pesquisa, vai-se elucidar a importância dos direitos fundamentais.

⁴¹ *Apud* LUÑO, Antônio-Henrique Perez. **A universalidade dos direitos humanos e o estado constitucional**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2002, p. 67.

⁴² LUÑO, Henrique Perez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. P. 70.

⁴³ LUÑO, Antônio-Henrique Perez. **A universalidade dos direitos humanos e o estado constitucional**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2002, p. 80.

⁴⁴ LUÑO, Antônio-Henrique Perez. **A universalidade dos direitos humanos e o estado constitucional**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2002, p. 93.

A Declaração dos Direitos dos Homens exprime essa idéia no artigo 16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.⁴⁵ A partir desta, restaram lançados os princípios norteadores do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas que foram a noção da limitação jurídica do poder Estatal, mediante a concepção de alguns direitos fundamentais e o princípio da separação dos poderes.⁴⁶

Os direitos fundamentais por fazerem parte do núcleo essencial do Estado Constitucional, não podem negar sua vinculação entre as idéias de Constituição e Estado de Direito. Assim, pode-se afirmar que o Estado Constitucional enxertados com os direitos fundamentais assume feições de Estado Ideal, cuja sua concretização passou a ser uma árdua tarefa.⁴⁷ Ainda no que concerne a questão, remete-se as palavras de Peres Lunõ, quando afirma que:

Existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que eles exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.⁴⁸

Três características da Constituição de 1988 podem ser consideradas como extensivas ao título dos direitos fundamentais: seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente.⁴⁹

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 59.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 60.

⁴⁸ *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 61.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 67.

O procedimento analítico se mostra contra a supressão dos poderes constituídos estando atento ao legislador infraconstitucional, demonstrando o intuito de resguardar uma série de reivindicações e conquistas. O pluralismo se constata pelo vasto agrupamento de dispositivos contendo direitos sociais. E o seu cunho programático e dirigente se constata pelo grande número de disposições constitucionais pendentes a regulação legislativa.⁵⁰

Outro fator se consuma pelo fato, de 21 anos de ditadura militar, antecederem nossa Constituição, essa é fruto da reação do constituinte ao regime autoritário, o que se destaque a importância atribuída aos direitos fundamentais⁵¹. Paulo Bonavides, afirma que “A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado Social”.⁵²

Além disso, a denominação dos “direitos e garantias fundamentais” foi nominalmente aplicada, já que nas Constituições anteriores utilizava-se “direitos e garantias individuais”. A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio ressalta por sua vez sua condição de autênticos direitos fundamentais.⁵³

E é em seu Título II, capítulo I, que se pronunciam os “direitos e deveres individuais e coletivos”, enquanto no capítulo seguinte trata dos “direitos sociais”, para nos subsequentes colocarem as questões concernentes à nacionalidade, aos direitos políticos e, ao final, aos partidos políticos. Deve-se notar que em outros pontos da Constituição também

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 67-68.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 68.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.72.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 69.

indicam direitos fundamentais, como é o caso da parte relativa às limitações do poder de tributar.⁵⁴

Para Ingo Sarlet, configurando-se aqui, uma carência de rigor científico e de uma técnica legislativa apropriada, no que diz com a terminologia utilizada e com as seqüências de longos incisos que precisam ser melhor trabalhados, apontado assim uma incoerência no catálogo dos direitos fundamentais.⁵⁵

É o que acontece com a redação do caput do artigo 5º, seguidos dos 77 incisos, bem como do artigo 6º que são anunciados de forma abrangente não explicitando a fundo seus conteúdos que deveram ser buscado mais adiante no capítulo da ordem econômica e da ordem social, ensejando várias dúvidas sobre os dispositivos não incluídos nesse rol e encontrados fora do Título segundo.⁵⁶

Portanto podemos afirmar que em todas as Constituições pátrias a enumeração de direitos fundamentais tem caráter exemplificativo. É o que decorre do art. 5º, § 2º, da Carta em vigor: “Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.⁵⁷

Assim, o art. 5º, § 2º da Constituição vigente, admite outros instrumentos serem incluídos como, por exemplo: “ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Anteriormente, esse artigo dava causa a uma outra questão,

⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 97-98.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 70.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 71.

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 98.

pois se o Brasil incorporasse tratados que inserisse direitos fundamentais, estes seriam apenas conteúdo de lei ordinária.

Mas esse questionamento já foi superado pelo o acréscimo pela Emenda Constitucional nº 45, do artigo 5º, § 3º, em que descreve o seguinte termo “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.⁵⁸

Outro fator de elevada importância como será analisado nos capítulos posteriores se constata no art. 5º, §1º, da Constituição, que consagra maior status jurídico aos direitos fundamentais mediante a sua aplicação imediata.⁵⁹

Tendo em vista os aspectos destacados, há como assegurar que, e levando em conta aos pontos de crítica, os direitos fundamentais estão cada vez mais passíveis de efetivação, vivenciando com a ajuda do Supremo Tribunal Federal um bom momento na história do constitucionalismo pátrio.⁶⁰

Neste sentido, concordamos com a afirmação de Hesse:

Se para a preservação e fortalecimento da força normativa da Lei Fundamental se torna indispensável à existência de uma vontade de Constituição, também poderemos falar de uma vontade de direitos fundamentais, ainda mais quando estes integram o núcleo essencial de qualquer Constituição que mereça essa designação.⁶¹

⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 98-99.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 69.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 72.

⁶¹ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 72.

Então, confirma-se assim, que os direitos fundamentais integram, portanto, a essência do Estado Constitucional, que faz nascer não só a Carta Magna no sentido formal, mas também o elemento nuclear da nossa digna Constituição.⁶²

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 60.

2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Ao tratar da eficácia dos direitos sociais, é necessário, em primeiro lugar, esclarecer o conceito de eficácia, que segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., “é uma qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos, diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica, ao seu sucesso, ou seja, a possibilidade da consecução dos objetivos”.⁶³

Será adotada, portanto, a definição de eficácia quanto à possibilidade de produção concreta de efeitos. Os direitos sociais são os que mais têm suscitado controvérsias no que diz respeito a sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar plena realização.⁶⁴

Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, por isso, a proposta do presente estudo é para o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, para obter assim, a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede para o efetivo exercício das liberdades garantidas.⁶⁵

A Constituição Brasileira teve numa relação de tensão com a realidade vital da maioria dos brasileiros por sua falta de efetivação, contribuindo para o pouco

⁶³ *Apud* PIOVESAN, Flávia C. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n. 37, jun. 1992, p. 66.

⁶⁴ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 17.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 141.

melhoramento da sua qualidade de vida. O texto legal supremo, para muitos, representava apenas uma “categoria referencial bem distante”, encontrando-se em contradição com a pretensão dos direitos fundamentais sociais.⁶⁶ Ao longo desse capítulo será visto que este posicionamento já está sendo contornado.

Há um grande desafio, como bem coloca José Afonso da Silva, “na busca de mecanismos constitucionais para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais”⁶⁷, visando sua concretização. Porém, sem a possibilidade efetiva na realização de tais direitos, pode ocorrer o que Paulo Lopo chama de “frustração constitucional”, levando o cidadão a um descrédito no ordenamento jurídico como um todo.⁶⁸

Para Andréas Krell, os direitos fundamentais sociais “exercem um papel importante, cumprindo ao lado de sua função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa e acima de tudo, conscientizadora”.⁶⁹

Por isso, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais não são contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais⁷⁰. É inadmissível, portanto, a inércia do Estado quanto à concretização destes direitos.⁷¹

⁶⁶ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 18.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 140.

⁶⁸ *Apud* KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 26.

⁶⁹ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 28.

⁷⁰ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 19.

⁷¹ PIOVESAN, Flávia C. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n.37, jun. 1992, p. 71

Não se deve negar qualquer tipo de obrigação a ser cumprida pelos direitos fundamentais. Esta obrigação, segundo Bidart Campos, é universal e existe “frente a todos”, devendo ao Estado “desenvolver e executar políticas de bem-estar no vasto campo das necessidades primárias dos homens que se encontram numa situação de hipossuficiência, marginalidade, carência”.⁷²

Assim, não basta o reconhecimento dos direitos fundamentais, deve haver também uma busca na sua concretização, conferindo-lhes eficácia e aplicabilidade imediata por ser o Brasil, um Estado Democrático de Direito, torna-se obrigado a criar condições favoráveis para a proteção e implementação desses direitos.⁷³

2.1 A estrutura e as normas de direitos fundamentais

Não basta qualquer efetivação para se positivar os direitos fundamentais. É preciso colocá-los no lugar primordial das fontes de direito: as normas constitucionais.⁷⁴

Sem essa positivação jurídica, os direitos do homem são apenas aspirações, que nunca se tornarão direitos protegidos por normas de direito constitucional. A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos reguladores destes direitos.⁷⁵

⁷² *Apud* KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 23.

⁷³ CORBARI, Ana Rosália. Os direitos e garantias fundamentais no Brasil: a distância entre previsão constitucional e concretização na sociedade. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul: n.16 jul/dez.2001, p. 13.

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 353.

⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 353.

A Constituição é um sistema de normas jurídicas, que institui o Estado, organiza o exercício do poder, define direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados pela sociedade política em geral.⁷⁶

Para Luís Roberto Barroso, as normas jurídicas, quando destinadas à organização de alguma função Estatal, ou quando disciplinadoras da conduta dos indivíduos, são revestidas de uma característica que lhe são próprias: a imperatividade.⁷⁷

Com base neste fato a doutrina classifica as normas jurídicas em duas categorias: as normas cogentes e as normas dispositivas. As normas cogentes são preceptivas, quando obrigam a determinada conduta, ou proibitivas, quando as vedam. Já as normas dispositivas são aquelas que deixam os destinatários a faculdade acerca da situação tipificada na norma, que somente se aplica em casos de obscuridade ou omissão.⁷⁸

José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais, no que diz respeito a sua eficácia e aplicabilidade, em três pontos: as normas de eficácia plena, contida e limitada.⁷⁹

De acordo com essa formulação, normas de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua aplicação imediata. Normas de eficácia contida são as que também receberam normatividade em plenitude, mas prevêm meios normativos que lhes podem reduzir a eficácia. Por último, as normas de eficácia

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e suas efetividades de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 75.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e suas efetividades de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 74.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e suas efetividades de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 75.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, mas prolonga-se pela intervenção de um legislador-constituente.⁸⁰

Outro aspecto de suma importância é a afirmação de que não há norma constitucional destituída de eficácia, visto que todas elas irradiam efeitos jurídicos. Se todas normas possuem eficácia, conclui-se que estas se distinguem tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos.⁸¹

2.1.1 *Tipologia das normas de direitos fundamentais.*

Como objetivo de reduzir a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da Lei Fundamental, Luís Roberto Barroso acrescenta uma tipologia das normas constitucionais; são elas: normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de Direito e normas constitucionais programáticas.⁸²

As normas organizatórias são complexas e tem funções diversificadas tendo como maior objetivo a organização do exercício do poder político. Nelas são instituídos órgãos de soberania, definidas competências e determinadas formas e processos de exercício do poder estatal. Elas se dirigem, na generalidade dos casos, aos próprios poderes do Estado e a seus agentes, o que não significam que elas não possam agir na esfera individual.⁸³

Com conhecimento, qualificou-as Miguel Reale:

O que caracteriza as normas de organização é a obrigação *objetiva de algo que deve ser feito*, sem o que o dever enunciado fique subordinado à

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82-83.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e suas efetividades de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 90.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e suas efetividades de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 95.

ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas conseqüências. Ora não havendo alternativa do cumprimento ou não da regra, *não há falar em hipoteticidade*.⁸⁴

As normas constitucionais definidoras de direitos têm como objetivo, além de organizar o poder político, fixar os direitos fundamentais dos indivíduos. A idéia central em torno dessas normas é de ser elas direitos subjetivos.⁸⁵

Elas têm caráter operacional, geram uma não- intervenção, um não fazer por parte de outros indivíduos. Ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, contemplam interesses cuja realização depende de edição de normas infraconstitucionais integradoras.⁸⁶

Já quanto as normas programáticas compreende Maria Helena Diniz que “são aquelas em que o Constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nelas consagrados, apenas se limita a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos”.⁸⁷

Em outras palavras, Ingo Sarlet define as normas de cunho programático como sendo normas que apresentam uma normatividade incapaz de conseguir uma plena eficácia, logo, são normas que precisam para irradiar seus efeitos, uma interposição do legislador.⁸⁸

⁸⁴ *Apud* BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e suas efetividades de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 93.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e suas efetividades de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 97.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e suas efetividades de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Normas constitucionais e seus efeitos**. 6. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116.

⁸⁸ WOLFGANG, Sarlet, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p.241.

Esse assunto será tema de melhor debate posteriormente, mas não deixando aqui de dar o posicionamento do nosso estudo, do qual, ao contrário do que afirmam alguns doutrinadores, os direitos sociais não se dissolvem numa mera norma programática. Esses independem de imposições constitucionais destinadas a assegurar sua eficácia e das prestações fornecidas por elas para assegurar esse direito.⁸⁹

2.1.2 Os Direitos Sociais na sua dimensão prestacional e de defesa

Os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grupos: em direitos de defesa, que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias institucionais, direitos políticos e em direitos a prestações ou direitos a ações positivas do Estado, os quais compreendem as prestações em sentido amplo, os direitos à proteção e os direitos à organização e procedimento.⁹⁰

Os direitos de defesa são próprios do Estado Liberal de Direito e se dirigem a uma abstenção Estatal, ou seja, sua não intervenção na esfera dos direitos de liberdade dos cidadãos. A aplicabilidade imediata e a eficácia desses direitos fundamentais receberam do constituinte suficiente normatividade e independência para sua concretização, consoante, aliás, já sustentada a clássica concepção das normas auto-executáveis, gerando assim, para seu titular, um direito subjetivo.⁹¹

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 447.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.234.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 249.

O mesmo não ocorre com os direitos a prestações, pois enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitação do poder do Estado, a dos direitos de prestações impõe uma atuação ativa do Estado na esfera econômica e social.⁹²

A esfera dos direitos fundamentais a prestações tem, portanto, por objetivo uma conduta positiva por parte do destinatário por exigirem desses certas prestações. Assim, os direitos de defesa se identificam por sua natureza, ser de cunho negativo, tendo por objeto uma omissão por parte do Estado.⁹³

Em razão disso, esses direitos a prestações costumam ser positivados sob forma de normas programáticas, imposições legiferantes mais ou menos concretas, de tal modo para que possa atingir aplicabilidade e eficácia total dependerão de uma intervenção do legislador.⁹⁴

Assim, ao deparar com a questão da eficácia dos direitos fundamentais, não há como desconsiderar que os direitos fundamentais têm finalidade de direito de defesa, quanto de natureza prestacional, nem sua forma de positivação no texto constitucional, já que ambos os aspectos constituem fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.⁹⁵

2.2 A interpretação e a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais

A Constituição é o resultado de sua interpretação, pois uma norma só adquire sentido na medida em que é interpretada. Em outras palavras, a Constituição deve ser

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 259.

⁹³ *Apud* STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais- sociais em *terra brasilis*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 4, jul/dez. 200, p. 275-276.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 234.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 234.

vivenciada como Carta Constitucional e isso depende de uma pré-compreensão do intérprete. Significando dizer que, uma baixa compreensão acerca do sentido da Constituição, no seu real significado acarretaria uma baixa aplicação, com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais sociais.⁹⁶

Interpretar é aplicar. E é nesse contexto, que Lênio Streck aduz que ao se falar em interpretação jurídica, deve-se falar em interpretação jurídica-concreta.⁹⁷

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, a Constituição diferencia-se das demais normas pela sua estrutura normativa-material, pois com a constitucionalização dos direitos fundamentais, a positivação destes tinha que se dar de forma aberta e indeterminada⁹⁸. Nesse sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações, consoantes às alternativas periodicamente escolhidas pelo o povo.⁹⁹

Em razão dessa peculiar estrutura normativa material, e como diferente das leis que possui uma “estrutura proporcional do tipo se A, então B”¹⁰⁰ as normas constitucionais se limitam a enunciar princípios. Assim, a sua aplicação exige que sejam não apenas interpretadas, mas, sobretudo, concretizadas pelos operadores da Constituição.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em terra brasilis, **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 4, jul/dez, 2004, p. 287.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em terra brasilis, **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 4, jul/dez, 2004, p. 286.

⁹⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 96.

⁹⁹ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 22.

¹⁰⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 97.

Desta feita, temos na interpretação um passo importante para a concretização dos direitos fundamentais, onde se expressa na consciência jurídica individual dos operadores do direito constitucional o que está na consciência jurídica geral.¹⁰¹

Com isso, pode-se firmar que tanto a interpretação como a concretização são processos; a interpretação, contudo, antecede a concretização, sendo esta um processo onde se densificam normas de grande abertura, possibilitando a solução de um problema, quando da aplicação de tais normas a um caso concreto.¹⁰²

Assim, sustenta Paulo Bonavides que “concretizar é algo mais do que interpretar, é, na verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade”¹⁰³. Portanto, não basta só o reconhecimento dos direitos fundamentais, deve haver também uma busca para sua concretização.

2.2.1 Princípio da aplicabilidade imediata

O art.5º, § 1º, da Constituição Federal, determina que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A análise da expressão literal do dispositivo, que utiliza a definição “direitos e garantias fundamentais”, leva a seguinte discussão, quanto ao âmbito da aplicação desta norma: questionando se esse artigo abrange a todos os direitos fundamentais ou tem efeitos restritos aos direitos individuais e coletivos positivados no artigo 5º da nossa Lei Fundamental.¹⁰⁴

¹⁰¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 99.

¹⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 321-322.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. Ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 633.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 235.

A nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico. Por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, cabe sustentar a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais encontrados no catálogo, bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais tornando-os diretamente aplicáveis.¹⁰⁵

O conceito das normas constitucionais “auto-aplicáveis” ou “auto-executável” foi introduzida por Rui Barbosa, não dependendo essas de atuação legislativa para sua aplicação aos casos concretos e para gerar a plenitude de seus efeitos.¹⁰⁶

A Constituição Federal ao considerar a aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais como já foi mencionado, não deve ser este princípio, nas palavras de Ingo Sarlet, “subestimado e nem superestimado”¹⁰⁷. Assim, a estrutura normativa e as limitações práticas devem ser compreendidas como uma tentativa máxima, de que haja esforços para se conseguir um conteúdo satisfatório da previsão normativa e que não sejam tolerados impedimentos à plena eficácia.¹⁰⁸

Além disso, ainda na percepção de Ingo Sarlet, há de ressaltar o caráter preceptivo, dirigente e vinculante dessa norma, no sentido de que além do objetivo de:

Assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental este torna tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário fazendo com que estes promovam as

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 237.

¹⁰⁶ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 77.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 253

¹⁰⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: out/dez, ano 7, n. 29, 1999, p. 62.

condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.¹⁰⁹

Assim, sustenta-se corretamente de que a norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais e criar as condições reais para sua realização.¹¹⁰

Neste contexto, constata-se que até mesmo os defensores mais fervorosos de uma concepção limitada reconhece que o Constituinte almejou com sua expressa previsão no texto foi impedir um esgotamento dos direitos fundamentais, impedindo que os mesmos “permaneçam letra morta da Constituição”.¹¹¹

Andreas Krell, ao tratar do tema ressalta o caráter preceptivo e não programático dessa norma, deixando claro que os direitos fundamentais podem ser invocados de maneira direta, ainda que haja falta ou insuficiência da lei, isto é, o seu conteúdo não precisa ser necessariamente concretizado por uma lei.¹¹²

Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, seguindo o exemplo de Garcia de Enterría, este princípio “constitui na verdade um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independente de qualquer medida concretizadora”.¹¹³

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 243.

¹¹⁰ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 38.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 238.

¹¹² KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 37-38.

¹¹³ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 246-247

Portanto, poderia afirmar que no âmbito de uma força jurídica embasada em nível Constitucional, negar aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significa negar-lhes seu próprio princípio básico.¹¹⁴

Assim, como defende Ingo Sarlet, dever-se todos buscar a máxima eficácia possível, presumindo assim, a aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais.¹¹⁵

2.2.2 *Eficácia das normas programáticas na concretização dos direitos sociais*

Ao depararmos com a árdua tarefa de se falar da eficácia das normas de direitos fundamentais, alguns aspectos devem ser considerados. O mais importante desses aspectos, é sobre a análise acerca da doutrina referente às normas programáticas, no que se trata à concretização dos direitos sociais.

Para José Afonso da Silva, muitas normas são trazidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos posteriormente pela atividade dos legisladores constituintes. São essas que constituem as normas constitucionais de princípio programático.¹¹⁶

As normas constitucionais programáticas são conceituadas por Ponte de Miranda como sendo:

Aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretora, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 246.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 263.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 137.

justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.¹¹⁷

Para Crisafulli, inicialmente, estas normas constituíam um verdadeiro programa de ação e, antes de tudo, de legislação; um programa que principalmente disciplina as relações sociais, e ordena a sociedade estatal. Essas normas, para este autor constituem como sendo:

Aquelas normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativo de direção política e administrativos, precisamente como um programa que eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades.¹¹⁸

Em outras palavras podemos tratar como programáticas aquelas normas constitucionais com as quais o legislador limitou-se a indicar princípios para serem cumpridos pelos seus entes Estatais, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado¹¹⁹. Nessa visão, entende Gomes Canotilho, que a relevância das normas constitucionais programáticas seriam essencialmente políticas, pois elas servem apenas como objeto de pressão política sobre os órgãos Estatais.¹²⁰

Nesse contexto, verifica-se que a existência dessas normas corresponde a uma exigência do Estado Social. Por isso, Ingo Sarlet, defende que essas normas exercem importante função na ordem constitucional atuando como normas de natureza ideológica, dando resultado dos compromissos políticos estabelecidos por ocasião do momento

¹¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**, tomo I, 1969, p. 126-127.

¹¹⁸ *Apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 137-8.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 138.

¹²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 444.

constituente, com objetivo de atender aos reclamos e necessidades da sociedade¹²¹. Aduzindo-se, assim, as normas programáticas como verdadeiras normas de “justiça social”.¹²²

Nem a doutrina e nem a jurisprudência não davam o alcance necessário das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dava aplicação adequada como princípio condão de justiça social, hoje o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, como será estudado mais adiante é uma posição favorável a eficácia dessas normas. Assim, como afirma Andréas Krell, essas normas “não apresentam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem um direito diretamente aplicável”.¹²³

Para José Afonso da Silva a relevância das normas programáticas se destaca por três razões: primeiro pela Constituição está repleta de normas de intenção, como se jurídica e imperativa não fossem; a segunda, por nelas traduzirem os elementos sócio-ideológicos, encontrando-se dentro dos direitos sociais; e terceiro por tais normas indicarem os fins e objetivos do Estado e a definição do sentido geral da ordem jurídica.¹²⁴

Nesse sentido, Andreas Krell também aponta a relevância das normas programáticas “no sentido teleológico, de modo que essas indicam fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas”¹²⁵. José Afonso

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 241.

¹²² PIOVESAN, Flávia C. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n.37, jun. 1992, p. 65.

¹²³ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 20.

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 138-9.

¹²⁵ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 28.

da Silva também aduz neste contexto que sua grande importância também é dada pelo fato delas buscarem dizer “para onde e como se vai”, atribuindo fins ao Estado.¹²⁶

Assim, ao disciplinar a ordem econômica e social, há um compromisso constitucional com o Estado Democrático de Direito de se fazer valer os anseios sociais. Paulo Bonavides lembra que “a programaticidade das normas constitucionais nasceu abraçada à tese dos direitos fundamentais”¹²⁷ que de início tiveram bases programáticas e foram renovados, ganhando nova dimensão com os direitos sociais.

Para Maria Helena Diniz “a eficácia diz respeito ao fato de se saber se os destinatários da norma ajustam, ou não, seu comportamento, em maior ou menor grau, às prestações normativas”¹²⁸, ocorrendo isso, a norma jurídica atuará com sucesso. Assim, a mesma autora afirma que:

Devido o teor de certas normas constitucionais, elas não podem produzir imediatamente efeitos jurídicos, ante a inexistência de uma regulamentação pretendidamente exigida por elas. Isto nos leva ao caso de uma incompletude na norma constitucional, pois a falta de disposição normativa por ela requerida coloca-nos diante de uma lacuna técnica, que ocorre quando houver ausência de uma norma cuja vigência é condição da eficácia de outra.¹²⁹

A cerca da questão da eficácia das normas programáticas, constatou-se Flavia Piovesan que tais preceitos concebiam como normas destituídas de juricidade e

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 141.

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. Ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 246.

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Normas constitucionais e seus efeitos**. 6. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30.

¹²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Normas constitucionais e seus efeitos**. 6. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30.

especialmente com a obra de José Afonso da Silva aos preceitos programáticos conferiu-se a chamada “eficácia negativa”.¹³⁰

Vale relembrar aqui, como já foi explicado, que não há norma constitucional destituída de eficácia jurídica, todas elas irradiam efeitos jurídicos. O que ocorre é que nem todas apresentam plenitude desses efeitos jurídicos. Outra razão que vale ressaltar é que as normas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições oferecem condições para seu atendimento.¹³¹

Com efeitos imediatos, as normas programáticas geram a revogação de atos normativos que colidem com o princípio que substanciam, bem como ensejam juízo de inconstitucionalidade contra atos que sejam incompatíveis com tais normas.¹³²

Além disso, Luís Roberto Barroso certifica que às normas programáticas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo através dos princípios, fins e valores que incorporam.¹³³

Dessa forma, assegura Celso Antônio Bandeira de Mello que sendo a Constituição um conjunto de dispositivos que estabelecem condutas e comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos, esta ao dispor de regras programáticas, está na verdade, conduzindo o Estado Brasileiro o instável dever jurídico de realizá-las.¹³⁴

¹³⁰ PIOVESAN, Flávia C. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n.37, jun. 1992, p. 69.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e suas efetividades de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e suas efetividades de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 118.

¹³⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, n. 57-58, São Paulo, jan/jul, 1981, p. 237.

Por fim, ao afirmar que nossa Constituição busca conferir a seus preceitos a aplicação imediata e que os poderes públicos, por sua vez, estão vinculados à Constituição, impondo para sua realização uma tarefa positiva de concretização, então as normas programáticas, por sua vez, “encerram o dever jurídico do Estado de criar pressupostos materiais indispensáveis ao seu exercício efetivo”¹³⁵. Tornando-se com isso possível a concreta realização dos direitos fundamentais com a maximização da eficácia das normas programáticas.

2.2.3 *Instrumentos para eficácia das normas constitucionais*

Por não permitir a redução dos direitos sociais a um simples “apelo ao legislador”, mas sim como “verdadeira imposição constitucional, legitimadora das transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”; e que verifica-se que na inércia do Estado para criar condições de sua efetivação, pode dar lugar a certos instrumentos processuais.¹³⁶

O constituinte cuidou para que fossem criados esses dois instrumentos processuais aptos a combater a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, são eles: o Mandato de Injunção, que se encontra positivado no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que está inserida no artigo 103, § 2º, da Carta Constitucional.

Assim é o enunciado da previsão constitucional do *writ* citado: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que falta de norma reguladora torne inviável o exercício

¹³⁵ PIOVESAN, Flávia C. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n.37, jun. 1992, p. 71

¹³⁶ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 67.

dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.¹³⁷

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão verifica-se em casos que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais.¹³⁸

A omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de certa forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão está condicionada a uma exigência constitucional de ação. Pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que se pretende é buscar uma declaração judicial de inconstitucionalidade dando ciência ao poder omissivo para a adoção das providências necessárias.¹³⁹

Esse esforço, por parte da doutrina jurídica, estabelece um verdadeiro sistema sancionatório, como resposta a violação normativa. Tal mecanismo sancionatório enseja a responsabilização dos poderes públicos, quando estes se mostrem indiferentes, omissos ou negligentes, impedindo o descumprimento das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.¹⁴⁰

No que concerne aos instrumentos processuais referidos, entendemos que eles por si só não possuem o condão de outorgar a todas as normas constitucionais a qualidade

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165.

¹³⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 166.

¹³⁹ PIOVESAN, Flávia C. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n.37, jun. 1992, p. 69.

¹⁴⁰ PIOVESAN, Flávia C. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n.37, jun. 1992, p. 72.

de aplicabilidade direta e sua eficácia plena, confirmando assim, uma prova contundente de que existem normas na Constituição que dependem de interposição do legislador. O que reforça a idéia de que esses instrumentos se encontram a serviço da aplicabilidade imediata, da eficácia e, portanto, também da efetividade das normas constitucionais.¹⁴¹

Com essa concepção da omissão inconstitucional, resultante dos instrumentos como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, e a sustentável da aplicação imediata dos direitos fundamentais, deve-se superar o entendimento de que as normas programáticas apresentam inferior consistência jurídica lhes conferindo assim, sua plena eficácia.¹⁴²

Assim, entende ainda Flávia Piovesan que maximizar a eficácia das normas programáticas é tornar concreta a realização dos direitos e garantias fundamentais, acentuando o papel da Constituição enquanto instrumento a favor do desenvolvimento social.¹⁴³

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 239-240

¹⁴² PIOVESAN, Flávia C. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n.37, jun. 1992, p. 71.

¹⁴³ PIOVESAN, Flávia C. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n.37, jun. 1992, p. 73.

3 DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO À SAÚDE

A efetivação dos direitos fundamentais em geral não se almeja com mera vigência da norma e, portanto, não se resolve unicamente na esfera jurídica, transformando-se em um problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.¹⁴⁴

Nesse terceiro capítulo, não se pretenderá exaurir a numerosa problemática do direito social à saúde e sua efetivação, mas sim vai se estudar, qual o papel dos operadores nesse processo de concretização, uma vez que a norma jurídica somente quando transformada em outra norma de decisão a casos concretos é que adquire verdadeira normatividade.¹⁴⁵

Assim, observou-se que apenas mediante uma união de esforços do Poder Público e da sociedade, bem como entre Estado e iniciativa privada, entre União e Estados, entre estes e Municípios, entre Executivo e Legislativo, entre estes e o Judiciário é que se poderá chegar a uma solução eficaz que garanta a dignidade da pessoa humana para com todos os brasileiros, notadamente no que diz com a efetiva possibilidade de fruir das condições mínimas parâmetros para uma existência digna.¹⁴⁶

A saúde, inserida como direito fundamental e reconhecida como direito essencial do ser humano, foi formulada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), com o seguinte conceito: “saúde é o estado de bem-estar físico, mental e social”¹⁴⁷ e não apenas

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, dez/ 2002. Porto Alegre, p. 61.

¹⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1147.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, dez/ 2002. Porto Alegre, p. 61.

¹⁴⁷ FREITAS, Cláudia Regina Miranda. O fundamental direito à saúde. **Consulex: Revista Jurídica**, ano IX, v.9, n. 214, dez/2005, p. 41

ausência de enfermidade. Essa é garantida por políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Os direitos fundamentais, como é o caso da saúde, estão distribuídos entre todas as esferas do Poder Político, sendo obrigação da União, dos Estados e dos Municípios deles zelarem. Sendo dever de tais entes cuidar para que os destinatários destes serviços fundamentais lhes outorguem a devida atenção e respeito que lhes são próprios de sua natureza.

Entre os direitos fundamentais, a saúde é o mais elementar, uma vez que é condição de toda existência humana, de onde os outros direitos podem ser efetivados. Esses entes públicos não podem abster-se deste problema. Com isso, cabe aos operadores efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais, para que não sejam utilizados como meros instrumentos de retórica.¹⁴⁸

Assim, é preciso salientar que os direitos fundamentais, e em especial à saúde, não é apenas dever do Estado, mas também da família, da sociedade e, acima de tudo, de cada um de nós. Ingo Sarlet, aduz que com solidariedade e responsabilidade por parte de todos, a saúde, cada vez mais assume lugar de realce na democracia e na preservação da dignidade humana no âmbito da efetivação dos direitos sociais.¹⁴⁹

¹⁴⁸ FREITAS, Cláudia Regina Miranda. O fundamental direito à saúde. **Consulex: Revista Jurídica**, ano IX, v.9, n. 214, dez/2005, p. 41.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, p. 41- 62. dez/ 2002. Porto Alegre, p. 61.

3.1 Operadores no processo da concretização dos direitos sociais

O Estado, intérpretes e magistrados, bem como a sociedade civil organizada, são os operadores do processo de concretização dos direitos sociais. Eles contribuem para a máxima efetivação dos direitos fundamentais, que será objeto de estudo mais adiante.

Nessa vertente o Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implantar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.¹⁵⁰

Assim como diz André Rufino do Vale, “do Estado são exigidas medidas de planejamento econômico e social e uma intervenção direta e dirigente na economia, ensejando-se um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social”.¹⁵¹

Os órgãos estatais têm a obrigação de fazer tudo o que estiver ao seu alcance no sentido de concretizar os direitos fundamentais. Por isso, Jorge Miranda aduz que cada ato dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como “baliza e referencial”.¹⁵²

Esses operadores do processo de concretização têm papel fundamental para tornar possível a plena realização desses direitos.

¹⁵⁰ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 19-20.

¹⁵¹ VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 152.

¹⁵² *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 323.

3.1.1 *Organizações da sociedade civil*

Os direitos sociais são direitos à prestação material do Estado, concebidos para atenuar as desigualdades de fato da sociedade. A eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público.¹⁵³

Em face da realidade do mau funcionamento desses serviços essenciais para a comodidade da população, devem ser adotadas políticas públicas protetivas de determinadas categorias sociais carentes e economicamente excluídas, podendo as políticas públicas terem sua implementação realizada em conjunto com a sociedade civil.¹⁵⁴

Um esforço recente para melhorar esse quadro é representado pelas chamadas organizações da sociedade civil que, de acordo com Andreas Krell, atuam com a prestação de serviços públicos nas áreas de assistência social, da cultura, da educação, da saúde e da segurança alimentar, mediante a execução direta de projetos, programas, planos e ações correlatas por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros.¹⁵⁵

As organizações da sociedade civil é representada por pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que segundo Luís Roberto Barroso são organismos como a Ordem dos Advogados, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, as comunidades

¹⁵³ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 31.

¹⁵⁴ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 34.

¹⁵⁵ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 34-35.

eclesiais de base, bem como as organizações não governamentais (ONGs), sendo todos entes interessados na reivindicação em favor das minorias.¹⁵⁶

Acrescenta-se ainda nesse ponto de vista Lenio Streck¹⁵⁷ que:

O grau de dirigismo e da força normativa da Constituição – [...] – dependerá não somente, mas também, da atuação da sociedade civil, instando as instâncias judiciárias ao cumprimento da Constituição, mediante o uso dos diversos mecanismos institucionais (ações constitucionais, controle difuso e concentrado de constitucionalidade).

Para Roberto Barroso, não é a implantação do ordenamento jurídico que traz as conquistas sociais, mas sim as reivindicações populares, a sociedade civil organizada, estes, sim, são instrumentos de transformação.¹⁵⁸

Assim, observa-se-se que na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil, na participação da formação da vontade política, maior será a responsabilidade dos outros entes públicos na concretização e no cumprimento das normas constitucionais.¹⁵⁹

3.1.2 O poder legislativo e a sua importante função concretizadora.

Como já foi objeto de menção nos itens anteriores, cabe lembrar que os direitos sociais são direitos prestacionais, ensejando muitas vezes uma interposição legislativa para a sua concretização.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129.

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em terra brasilis, **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 4, jul/dez, 2004.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132.

¹⁵⁹ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 35.

Há aqui de ressaltar, a dupla dimensão da vinculação do legislador aos direitos fundamentais posta por Canotilho, sendo uma no sentido negativo, verdadeira limitação material do legislador em sua liberdade no exercício da atividade reguladora e concretizadora que lhe é própria; e uma acepção positiva, determinativa de que apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por ele próprio encontrar-se vinculado a eles.¹⁶⁰

No exercício da prestação positiva supracitada, a Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação”. Por outro lado, a eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis, dependendo em última análise, de um gasto desses recursos.¹⁶¹

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais à uma prestação estatal, está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada. A efetivação destes direitos essenciais encontra-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com a obrigação positivada.¹⁶²

Visto isso, não se pode ignorar que tais questões podem se contrapor em uma dependência da capacidade do Estado.¹⁶³ Alguns autores associa a efetivação dos direitos sociais econômicos e culturais dentro de uma reserva orçamentária onde aponta a sua dependência dos recursos econômicos. Quando mais elevado for o trabalho para sua

¹⁶⁰ *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 325.

¹⁶¹ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 22.

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 260.

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em terra brasilis. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 4, jul/dez, 2004, p.298.

realização maior será o volume de recursos suscetíveis estando esses sempre condicionados para sortir efeitos.¹⁶⁴

Essa cobertura orçamentária por parte do estado, que limita aquilo que o indivíduo necessita razoavelmente exigir da sociedade, não tem como consequência a ineficácia jurídica. Em outras palavras, o legislador não pode se omitir sob o argumento da falta de recursos, de forma indiscriminada, uma vez que essa teoria será invocada apenas quando “for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados”.¹⁶⁵

Assim, Andreas Krell aduz que se os recursos não forem suficientes, deverão ser retirados de outras áreas como transporte, fomento econômico, serviço de dívidas, onde sua aplicação não está relacionada aos direitos fundamentais do homem como a vida, integridade física e saúde.¹⁶⁶

Portanto, vale ressaltar que o fato dos direitos sociais exigirem recursos para serem efetivados não faz deles direitos que não devam ser cumpridos, pois não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir com a Constituição. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional. Importando lembrar que a carência de recursos não pode ser

¹⁶⁴ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 51.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em terra brasilis, **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 4, jul/dez, 2004, p. 298.

¹⁶⁶ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 53.

tomada de forma absoluta, a ponto de se colocar por cima dos direitos fundamentais, ela é apenas um elemento a ser levado em consideração.¹⁶⁷

3.1.3 Órgãos da administração estatal

No que concerne à concretização vinculada ao Poder Executivo, Ingo Sarlet aduz que compete a este o desenvolvimento econômico e social. Assim, os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, como guardiões e gestores da coletividade.¹⁶⁸

Cabe destacar aqui, o importante papel do Poder Executivo nas políticas públicas. O Estado, em resposta às demandas da sociedade, cria políticas públicas. Tais políticas visam à concretização de direitos sociais e, por meio destas, são distribuídos bens e serviços sociais¹⁶⁹. A Constituição Federal apresenta um modelo de sociedade democrática que, segundo Ana Corbari, somente “será realizável em razão da implementação e instrumentalização de políticas públicas”.¹⁷⁰

Dessa forma, se antes o Estado tinha como proeminente o poder Legislativo, que produzia dispositivos legais com o condão de proteger o cidadão contra as arbitrariedades estatais, agora é o Poder Executivo que sobressai, pois com seu importante papel

¹⁶⁷ CASTRO, Flávio Dino de Costa. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, v.9, p. 40-53, nº 28, ano IX, março, 2005, p. 49.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 327.

¹⁶⁹ CARVALHO, Alysson. **Políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG; Proex, 2002, p. 12.

¹⁷⁰ CORBARI, Ana Rosália. Os direitos e garantias fundamentais no Brasil: a distância entre previsão constitucional e concretização na sociedade. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul: n.16 jul/dez.2001, p. 12.

concretizador das políticas públicas é que se torna possível, alcançar a igualdade material entre os cidadãos.¹⁷¹

3.1.4 O Poder Judiciário e seu importante papel concretizador.

O papel concretizador do Judiciário pode ser visível também, e não único, em dois momentos: um ante a omissão do Poder Legislativo, quando não exerce sua função de regulamentar os direitos essenciais, e o outro quando se depara com um Poder Executivo que também não cumpre suas obrigações.¹⁷²

Mas na doutrina brasileira, é pronunciado que o judiciário não pode controlar o mérito dos atos administrativos, isto é não pode suprimir os critérios de conveniência e oportunidade postos pelas autoridades Administrativas, impondo seus próprios critérios, pois assim configuraria afronta ao princípio da separação dos poderes.

Desse modo, o que se reclama nesse presente estudo do Poder Judiciário “é uma atuação política que orientada pelo texto constitucional que se legitima constitucionalmente pela concretização de objetivos e metas previamente traçadas”¹⁷³, em outras palavras não se atribui ao Poder Judiciário a concretização de políticas públicas¹⁷⁴, mas

¹⁷¹ OLIVEIRA, Flávio Luís de. O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: ano 9, n. 18, jul/dez, 2006, p. 103.

¹⁷² OLIVEIRA, Flávio Luís de. O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: ano 9, n. 18, jul/dez, 2006, p.107.

¹⁷³ OLIVEIRA, Flávio Luís de. O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: ano 9, n. 18, jul/dez, 2006, p.107.

¹⁷⁴ Longe aqui está de deduzir alguma afronta ao princípio da tripartição funcional, mas sim como uma exceção, vale a pena fazer menção da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n.45 onde o Supremo Tribunal Federal tratou de políticas públicas:[...] a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas [...]. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF N° 45. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 29 maio 2004. DJ de 04.05.2004, p. 12.

tão só a obrigação da execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias.¹⁷⁵

Nesse contexto, Tércio Ferraz Jr. afirma que:

O sentido promocional prospectivo dos direitos sociais altera a função do poder judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo ou errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e, sobretudo examinar se o exercício do poder discricionário de legislar conduz a concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). [...] Tal responsabilidade que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, para ser imputada também à Justiça.¹⁷⁶

Com isso, o judiciário deve se tornar:

Responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, deixando o juiz, no atual Estado Constitucional Brasileiro, de ser um funcionário estatal, submetido às hierarquias e ânimos da administração, para tornar-se uma expressão originária do poder estatal.¹⁷⁷

Em face disso, observa-se que no momento em que o processo político omite na implementação de políticas públicas e de seus objetivos sociais, é importante e cabe ao judiciário tomar uma atitude a fim de realizar os direitos sociais através da correção da prestação dos serviços básicos, assim, “surge o Judiciário como instrumento para resgate dos direitos não realizados”.¹⁷⁸

Dessa forma, conformasse com Clève, quando este defende um novo tipo de Poder Judiciário, inseridos dentro de uma nova compreensão da norma constitucional; “juízes ativistas, vinculados às diretivas e às diretrizes matérias da Constituição, voltados para a plena

¹⁷⁵ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 94.

¹⁷⁶ *Apud* KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 94.

¹⁷⁷ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 97.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Flávio Luís de. O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: ano 9, n. 18, jul/dez, 2006, p. 107.

realização dos seus comandos e não apenas apegados aos esquemas da racionalidade formal”.¹⁷⁹

Para Andreas Krell, esse tipo de ativismo judicial seria capaz, diante de cada situação, não seguir conformidade, e superar muitos dos obstáculos, representando assim, uma “alavanca dinamizadora” para a real efetivação dos direitos fundamentais.¹⁸⁰

Por fim, resta constatar, na visão do mesmo autor, que o Judiciário Brasileiro sozinho não será o “salvador da pátria”, mas pode e deve mediante decisões firmes, exercer sua importante função no processo político na concretização dos direitos fundamentais sociais, através da melhoria gradual e permanente dos serviços públicos básicos.¹⁸¹

3.2 O fundamental direito à saúde.

O direito à saúde, como direito fundamental da pessoa humana, é considerado um direito social, integrando assim a denominada segunda dimensão dos direitos fundamentais, que foi o resultado direto da evolução do Estado de Direito, de inspiração Liberal, para um novo modelo de Estado e Constituição, comprometido com o princípio da igualdade e com a realização da justiça social.¹⁸²

¹⁷⁹ *Apud* KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 97-98.

¹⁸⁰ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 98.

¹⁸¹ KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 109.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, p. 41- 62. dez/ 2002. Porto Alegre, p. 50.

No que diz com a previsão expressa de um direito à saúde, o pioneirismo se consagrou pela Declaração Universal da ONU, de 1948, nos seus artigos 22 a 25. Nela constava, que são direitos fundamentais, a segurança social e um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa humana.¹⁸³

Assim, a importância da saúde pública se confirma na colocação que ela ocupa no ordenamento jurídico pátrio, na condição de direito e dever fundamental. Ciente disso está nossa Carta Republicana, que como aduz Ingo Sarlet “uma sociedade marcada pela doença ou pela falta de condições adequadas de saúde dos seus integrantes, será sempre também uma sociedade enferma”.¹⁸⁴

Caso tal obviedade ainda não fosse compreendida, a Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/90, em seu artigo 2º, esclarece definitivamente a natureza dos direitos sociais, descrevendo expressamente que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Exemplificamos assim, através do acórdão número 2001.020609-9 proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:¹⁸⁵

A vida, dom maior, direito natural, não tem preço, mesmo para uma sociedade que perdeu o sentido da solidariedade, num mundo marcado pelo egoísmo, hedonista e insensível. Contudo, o reconhecimento do direito à sua manutenção-prioridade, tratando-se da saúde de uma criança não tem balizamento caritativo constitucional e está ancorado na legislação obediente aquele comando.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, p. 41- 62. dez/ 2002. Porto Alegre, p. 46.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, p. 41- 62. dez/ 2002. Porto Alegre, p. 43.

¹⁸⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível n. 2001.020609-9. Des. Luiz César Medeiros. Florianópolis data da decisão: 31/03/2003.

Convém lembrar também que a saúde, além de ser um existencial humano, vinculada na própria sobrevivência física, também se encontra entrelaçada, de modo inseparável com as exigências da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁶

Por sua inequívoca relevância e em atendimento ao artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988, caso a saúde não tivesse sido positivada no ordenamento jurídico pátrio, a mesma deveria assumir a feição de direito fundamental não-implícito, tal como ocorreu na Alemanha.¹⁸⁷

Vale relembrar também que o objetivo principal do nosso Constituinte foi tentar conferir aos direitos fundamentais, como por exemplo, a saúde, a maior aplicabilidade e eficácia possível sendo essa, a correta hermenêutica do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, impedindo assim a diminuição dos seus valores.

3.2.1 O direito à saúde na legislação brasileira

No que diz com a sua previsão no direito constitucional positivo pátrio, a saúde foi escolhida expressamente como integrando o elenco dos direitos fundamentais na nossa Carta Magna em seu artigo 6º. Além disso, o constituinte voltou a contemplar a saúde nos seus arts. 196, 197, 198 a 200 da Constituição, o qual exemplificaremos a seguir junto a Lei 8.080/90, que implementou o SUS, sem levar em conta os demais dispositivos encontrados no capítulo da ordem social.

O direito à saúde como direito fundamental foi incluído no catálogo dos direitos fundamentais, no artigo 6º, Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais. Assim é que o constituinte de 1988 redigiu: “Art. 6º. São

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, dez/ 2002. Porto Alegre, p. 45.

¹⁸⁷ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. **Revista da Ajuris**, ano XXVII, n. 83, TOMO I, setembro de 2001, p. 184.

direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Inseriu, ainda, o legislador Constituinte, agora fora do Catálogo: “Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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”.

Assim, quando a Constituição prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, cabe a todos promoverem o acesso universal e igualitário dos indivíduos nas ações e serviços de saúde, conferindo-lhes o conseqüente status de superioridade, satisfazendo assim o anseio popular. Como bem observa Ingo Sarlet, é nos arts. 196 e seguintes que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional.¹⁸⁸

A titularidade do direito à saúde é atribuída aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País, regra geral estabelecida no caput do art. 5º da Constituição Federal. E para, Ingo Sarlet, a titularidade estenderia, inclusive, para aos estrangeiros não residentes no Brasil, pois a partir do art. 196, teríamos uma feição inclusiva. E no caso específico da saúde ter vínculo direto com o direito à vida e com o direito à integridade física e corporal, que faz parte da natureza de todos.¹⁸⁹

Oportuno destacar que o direito à saúde tem dois objetivos: a preservação e a proteção, e ainda a recuperação da saúde. O direito à proteção e recuperação da saúde é o direito individual à prevenção da doença e seu tratamento transparece no acesso aos serviços e

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 297.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, dez/ 2002. Porto Alegre, p. 49.

ações destinados à recuperação do doente. Enquanto o primeiro é típico direito de solidariedade, o segundo é típico direito fundamental à prestação positiva.¹⁹⁰

Ainda acerca da positivação do direito à saúde na Carta Democrática Brasileira, é de se salientar o art. 197 que diz: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Assim, importa considerar que sem o reconhecimento de um correspondente jurídico por parte do Estado e dos particulares em geral, o direito à saúde restaria fragilizado, especialmente no que diz com sua efetivação. Evidentemente, ainda que a Carta Republicana não tenha referido expressamente esse dever, também inclui os particulares, não podendo esses ofender a saúde alheia, alegando não serem destinatários do direito à saúde.¹⁹¹

Desse modo, há como referir também a legislação sobre os planos de saúde, que se mostra com o papel da iniciativa privada no campo da saúde, tudo isso apenas para demonstrar a importância dessa regulamentação da Constituição pelo legislador ordinário e até mesmo pelo Poder Executivo, no exercício de suas competências administrativas e normativas.¹⁹²

Assim, o atendimento à saúde reclama serviços e ações de prevenção, tratamento e recuperação, em termos individualizados, o que requerer a intervenção dos

¹⁹⁰ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n. 22, out/dez 2005. Fórum, p. 153.

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, dez/ 2002. Porto Alegre, p. 48.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, p. 41- 62. dez/ 2002. Porto Alegre, p. 55.

poderes públicos que os regule, fiscalize e controle, constatando, assim, a importância dos operadores na sua concretização.

Cita-se, ainda, o art.198 da Constituição Federal que: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes[...]”

Para cumprimento desse dever constitucional, foi criado o SUS, Sistema Único de Saúde, funcionando através de ações e serviços em todas as esferas de atuação do Poder Público: Federal, Estadual e Municipal. O artigo 6º da Lei Orgânica de Saúde, nº 8.080/90, que implantou o SUS, confirma a atuação dos órgãos a ele vinculados através de uma assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica¹⁹³, sendo esta lei responsável por garantir o acesso pleno da população à saúde.

Os incisos e parágrafos do art. 198 tratam da descentralização de serviços de saúde, do atendimento integral, da participação da comunidade nos serviços e das ações voltadas ao atendimento da saúde e do seu financiamento.¹⁹⁴

A direção do Sistema Único de Saúde - SUS é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde, II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes e III - no âmbito dos Municípios, pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes.

¹⁹³ CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde evolução, normalização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 126.

¹⁹⁴ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n. 22, out/dez 2005. Fórum, p. 154.

Outro fator de extrema importância é dado pelo fato dos entes da Federação não terem uma relação de subsidiariedade, mas sim uma responsabilidade solidária, uma vez que a lei prevê que os serviços relativos à saúde integram uma rede regionalizada, constituindo um sistema único, ao qual vai ser explicitado a seguir.¹⁹⁵

3.2.2 *O direito à saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

Assim, entende o Supremo Tribunal Federal que julgou, por unanimidade, a existência de solidariedade entre os entes federativos, conforme relata a ementa a seguir transcrita:¹⁹⁶

ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA** DOS ENTES FEDERATIVOS. RECURSO QUE NÃO LOGRA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Sendo o Sistema Único de **Saúde** (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da **responsabilidade solidária** dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. 2. Mantém-se na íntegra a decisão agravada quando não infirmados seus fundamentos. 3. Agravo regimental improvido.

Pode-se afirmar que a consequência de princípios e regras, normas e leis referentes ao Sistema Sanitário Brasileiro colaboraram com a insistente idéia de que a saúde é direito fundamental do homem, tornando a norma do art. 196, da Carta Magna, auto-aplicável e de eficácia imediata.¹⁹⁷

Por isso, cabe aqui citar o entendimento do Supremo Tribunal Federal que com o julgamento do recurso extraordinário 271.286-RS, em que no voto de lavra do Relator

¹⁹⁵ CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde evolução, normalização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 126.

¹⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. AgRg no Ag 886974/ SC. Ementa: [...] Relator João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 20.09.07 DJ 29.10.2007, p. 208.

¹⁹⁷ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. **Revista da Ajuris**, ano XXVII, n. 83, TOMO I, setembro de 2001, p. 182.

Ministro Celso de Mello, houve a recusa terminantemente do caráter programático do art. 196, da Lei Maior, pois o maior prejudicado nessa hermenêutica seria justamente o povo, aquele que conferiu ao Estado poderes para lhes representarem. Relata o acórdão: ¹⁹⁸

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 incosequente, 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.

Com o reconhecimento normativo, doutrinário e jurisprudencial, temos que as normas constitucionais referentes à saúde são normas de aplicabilidade imediata e de eficácia plena, caráter esse reconhecido pelo órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, a quem cabe a guarda precípua da nossa Constituição.

Assim, a saúde deve ser interpretada também como sendo um direito público subjetivo oponível contra o Estado sempre que o bem da vida esteja em jogo no caso concreto devendo este provar, de que o tutelado não possui condições orçamentárias de arcar com as despesas do tratamento sem que haja comprometimento de seu sustento próprio e de sua família.

Pinto Ferreira chega afirmar que o direito à saúde é uma mera ilusão constitucional caso não fosse estatuído como um direito público subjetivo acionável contra o Estado ou Poder Público.¹⁹⁹

¹⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. **RE-AgR 393175 / RS**. Ementa [...] Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12, dez.06 DJ 02.02.2007, p. 1524.

¹⁹⁹ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7, p. 702.

Cuida observar, ainda, que o art. 196 da Constituição afirma o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços públicos de saúde, veiculando princípios de observância obrigatória pelo administrador.

Tais princípios, porém não podem ser dissociados. É da conjunção de ambos que se exprime a noção de equidade no sistema de saúde. O princípio da universalidade aponta que todo ser humano, só por sê-lo, tem direito de acesso ao sistema público de saúde. Tal acesso, conforme o redigido no art. 19, III, da Carta Magna, há de estar em par com o princípio democrático, que proíbe o tratamento desigual aos cidadãos.²⁰⁰

O dispositivo em causa indica, em primeiro lugar, que o acesso às ações e serviços de saúde constituem um direito público subjetivo, reivindicável, inclusive por via judicial, na perspectiva de eventual omissão do poder Público.

A propósito, é válido ressaltar o seguinte aresto do Supremo Tribunal Federal, RE 271. 286-8-RS, do relator Ministro Celso de Mello, o qual reconhece o direito público e subjetivo do direito à saúde e a obrigação da referida unidade federativa no sentido de fornecer, gratuitamente medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, haja vista a insuficiência de recursos financeiros para arcar com o custo do tratamento nesse aspecto:²⁰¹

EMENTA: 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 CONSEQÜÊNCIA 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

²⁰⁰ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. O direito à saúde e a efetividade dos direitos sociais. **Revista Instituto de Pesquisa e Estudos**. Bauru- São Paulo: n. 41, set/dez, 2004, p. 79

²⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática. RE- AgR n. 271.286-8/RS. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 set.00 DJ 24.11.2000, p.101.

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.

Note-se que o acionamento do judiciário é feito em nome de vantagens individuais, justamente porque o interesse individual é reconhecido como merecedor de uma proteção jurídica especial. Na prática, cria-se um mecanismo de defesa contra abusos do poder Estatal fazendo assim uma proteção da liberdade individual, ideais fortemente identificados com os valores do pensamento jurídico liberal como já mencionado.

Só o acesso igualitário assegura correta distribuição dos recursos públicos na área de saúde, provendo, portanto, a igualdade no sistema. Em resumo, a garantia do direito a vida traz como pressuposto a efetividade do direito à saúde.²⁰²

No mesmo sentido observamos o julgado do RE-AgR 393175/ RS de autoria do relator Ministro Celso de Mello, que assegurou o fornecimento gratuito de medicamento indispensável ao tratamento da doença citada:²⁰³

EMENTA: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) -

²⁰² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. O direito à saúde e a efetividade dos direitos sociais. **Revista Instituto de Pesquisa e Estudos**. Bauru- São Paulo: n. 41, set/dez, 2004, p. 79

²⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE- AgR 393175/RS. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 dez. 2006. DJ 02.02.2007, p.1524.

PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - 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, 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.

Com isso, observa-se, que no país inteiro vem reconhecendo, na mesma direção, de forma incontroversa, o direito subjetivo público à atenção estatal à saúde, concedendo, invariavelmente, ordens judiciais para o atendimento dos mais diversos cidadãos que lutam tal direito em juízo.

3.3 Um indispensável diálogo institucional acerca do direito à saúde

Ressalta-se que o trabalho de concretização das normas constitucionais não é só do Poder Legislativo, mas também do Poder Judiciário, especialmente diante da omissão do primeiro. Assim, enquanto não são estabelecidos pelo Poder Legislativo, através da edição de lei, com o preciso sentido do texto constitucional, os limites a cerca do direito à saúde do qual o cidadão é credor e o poder público devedor a tarefa de concretização não pode ser negada pelo Poder Judiciário.

O Poder Judiciário pátrio, como se infere dos julgados acerca do direito à saúde a seguir exemplificados, evoluiu de uma posição inicial, desde o advento da Constituição Federal de 1988, de uma posição mais conservadora, para um posicionamento mais progressista, acolhedores dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos

individuais, decorrentes das normas constitucionais inscritas nos artigos 6º e 196 da Carta Republicana, que asseguram o direito à saúde e impõem ao Poder Público um dever político - constitucional impostergável, que se negligenciando, em última *ratio*, afronta o próprio direito à vida.

Assim como já foi mencionado o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direitos de defesa, no sentido de impedir ingerências por parte do Estado e terceiros na saúde dos indivíduos, afastando em suma, toda e qualquer conduta violadora do direito, bem como os direitos a prestações.²⁰⁴

Na assim denominada dimensão negativa ou direitos de defesa, o bem jurídico fundamental encontra-se protegido contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado, assim como os demais particulares, têm o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer no sentido de prejudicar a saúde. Assim, qualquer ação do poder público ofensiva ao direito à saúde é pelo menos em princípio, inconstitucional, podendo ser a qualquer momento pleiteado seu direito em juízo.²⁰⁵

A dimensão prestacional ou positiva do direito à saúde é classificado pela doutrina como um direito social positivo, que aduz com a possibilidade de qualquer indivíduo, com base nas normas constitucionais que lhe asseguram estes direito, exigir do poder público ou mesmo de um particular prestações materiais, tal como um tratamento

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, p. 41- 62. dez/ 2002. Porto Alegre, p. 51.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, p. 41- 62. dez/ 2002. Porto Alegre, p. 54.

médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamento, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde.²⁰⁶

Reconhece-se, por outro lado, que mesmo tendo o cidadão um direito a prestações existenciais mínimas, decorrentes do direito à vida, não se pode impor ao poder público o modo de realizar este direito, porquanto os órgãos estatais dispõem de um indispensável espaço de discricionariedade, que, no entanto, não é absoluto, que se coloque acima da Constituição e das leis.²⁰⁷

Contudo assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma exigência digna é objetivo comum dos direitos fundamentais sociais, daí a íntima vinculação entre os direitos à saúde e o direito à vida, e ainda, ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este fundamento essencial da República Federativa do Brasil, art. 1º, inc. III, da Constituição Federal.

O direito fundamental à saúde deve ser reconhecido a todos, mas as ações Estatais positivas serão destinadas somente àqueles que, sem essa atuação, correm sérios riscos de vida, seja pela falta de prestação sanitária, seja pela impossibilidade de manter sua família caso tenham que desembolsar valores para ter sua saúde assegurada.

O grande problema aqui a ser abordado é por esses direitos sociais possuírem uma característica específica: a prestação pecuniária. Nestes casos há um evidente

²⁰⁶ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública: uma análise problemática sobre o efeito vinculante e o controle concreto de constitucionalidade no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, abr/jun, 2003, p. 36.

²⁰⁷ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, out/dez 2005. Fórum, p. 155.

condicionante ao exercício de tais direitos: a prévia existência de disponibilidade financeira por parte do erário.

A partir disso, constata-se um posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que atualmente parece ter encontrado um “caminho do meio”, abandonando uma posição conservadora e demonstrando, na esteira de inúmeras decisões, a consagração da tese em prol do reconhecimento de um direito subjetivo à saúde como prestação, bem como o comprometimento, pelo menos de larga parcela do Poder Judiciário, com a causa da vida e da dignidade da pessoa humana.

É válido exemplificar a posição do Supremo Tribunal Federal com o acórdão da Pet 1246/SC, citado várias vezes em outras decisões. Nele se pede transplantes de células mioblásticas para tratamento de doença rara denominada distrofia muscular de Duchene. No exercício da Presidência da Corte, o Ministro Celso de Mello contribui de maneira esplêndida para esse entendimento:²⁰⁸

A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político- constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30).

O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a merecesse o tratamento inadiável a quem tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida.

²⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão unânime. Pet-AgR 1246 / SC - SANTA CATARINA. Ementa [...] Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10, abril. 1997. DJ 17/04/98.

Ainda a respeito da Pet 1246/SC, que o Estado de Santa Catarina ajuizou nesta Corte a requerimento de suspensão da execução da liminar, foi indeferido pelo Ministro Celso de Mello, nestes termos:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida.

Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura Catarinense – longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo Estadual (fls. 29) – traduz no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salva-lo de morte inevitável.

Ora, como se pode ver, os argumentos da ausência de recursos financeiros, não nos parece uma solução que possa prevalecer, pois o objeto final do direito à saúde é a prestação sanitária e não a pecuniária. Isto torna infundados os argumentos de que é necessária anterior dotação orçamentária em relação ao direito à saúde.

Também é fato que o exercício desse direito não está ligado à prévia existência de condições materiais e institucionais para seu funcionamento, bem como independe de anterior verba orçamentária. O Executivo possui inúmeros meios, como por exemplo, verbas suplementares, para não se escusar de seu dever.²⁰⁹

Ingo Sarlet sustenta, ainda, que ao vedar expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo na Carta Magna, já se configura mais uma razão para não se argumentar sobre a

²⁰⁹ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. **Revista da Ajuris**, ano XXVII, n. 83, TOMO I, setembro de 2001, p.193.

insuficiência de recursos, pois essa poderia condenar uma pessoa à morte e cujo seu único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde.²¹⁰

Concluimos então que não há argumento justo e razoável a socorrer ponto de vista contrário, pois negar o acesso à saúde significa violar o mais básico dos direitos: o direito à vida.

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, p. 41- 62. dez/ 2002. Porto Alegre, p. 58-59.

CONCLUSÃO

Ao analisar as três formas do Estado de Direito, quais sejam, a liberal, social e democrática, verifica que os direitos fundamentais têm prosseguido na mesma proporção desde as liberdades individuais aos direitos econômicos, sociais, e culturais, e os tidos como direitos de terceira e quarta dimensão ainda pendentes de reconhecimento.

Observa-se que a história dos direitos fundamentais também pode se considerada uma história do Estado Constitucional, onde seu poder se apóia em um ordenamento jurídico cuja principal característica já não é mais o Estado e, sim, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquicos. Os direitos fundamentais devem ser marcados pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e com a plena efetividade dos seus comandos constitucionais.

Assim, não basta o reconhecimento dos direitos fundamentais, deve haver também uma busca pela sua concretização, conferindo-os aplicabilidade imediata já prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, § 1º, com uma atuação concreta das três funções de Poder, com vistas à sua implementação.

Os direitos fundamentais por serem direitos inseridos na nossa Carta Magna apenas em princípio, como programas que dependem de uma posterior interposição estatal são concebidos como verdadeiras normas programáticas.

Os estudos demonstram que as normas de direitos sociais são dotadas de eficácia uma vez que a nossa Constituição busca conferir-lhes a aplicação imediata e que os poderes públicos, por sua vez, estão vinculados à Constituição, impondo para sua realização uma tarefa positiva de concretização. As normas programáticas, na verdade, forçam o Estado a criar pressupostos materiais indispensáveis para sua concretização, sendo com isso possível a concreta realização desses direitos fundamentais.

Vale deixar registrado que os direitos fundamentais sociais não são contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas obrigações, sendo estes, concebidos como direitos prestacionais e certas abstenções, e estes ditos como direitos de defesa, para que se possa tornar possível sua realização plena.

Por isso que o Estado, através dos seus órgãos deve definir, executar e implantar, as denominadas “políticas públicas” para assim dar contorno à concretização dos direitos fundamentais. Essas políticas são aquelas que promovem a saúde, a educação, o trabalho, a assistência social e a previdência. Sendo inadmissível, portanto, a inércia da máquina Estatal quanto à concretização dos direitos fundamentais.

No que diz respeito ao direito à saúde, no nosso atual Estado Democrático, este é concebido como direito de todos e dever do Estado vinculando, não só aos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), nas três esferas republicanas, como também aos particulares dada a complexidade da questão sanitária, e ao fato de sua efetivação não comportar solução unívoca, exigindo também a participação e colaboração de todos os cidadãos e ainda, de uma sociedade organizada e suas instituições, para sua plena realização.

Relevante ainda é a posição adotada atualmente pelo Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, no que respeita assegurar o acesso às prestações materiais da saúde, por meio de tratamentos médicos de comprovada eficácia terapêutica às pessoas que deles necessitam, sem se deixar levar por questões de importância inferior, tudo em reverência ao bem jurídico maior, a vida e a existência humana digna.

Assim sendo, verifica-se, a partir do presente estudo que toda a dificuldade de dar eficácia máxima aos direitos fundamentais sociais pode ser superada se houver vontade colegiada e geral, tanto dos poderes públicos quanto da sociedade civil de criar condições para sua implementação. O direito à saúde é pequeno exemplo disso.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública: uma análise problemática sobre o efeito vinculante e o controle concreto de constitucionalidade no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, abr/jun, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e suas efetividades de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3. ed. Rio de Janeiro, fundação Getúlio Vargas, Serv. De publicações, 1972.

_____. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHO, Alysson. **Políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG; Proex, 2002.

CASTRO, Flávio Dino de Costa. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. v.9, p. 40-53, nº 28, ano IX, março, 2005.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA. FAJS. Curso de Direito. **Manual de elaboração de monografia: elaboração de projetos de pesquisa e redação da monografia**. Brasília, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

CORBARI, Ana Rosália. Os direitos e garantias fundamentais no Brasil: a distância entre previsão constitucional e concretização na sociedade. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul: n.16 , p. 2-21, jul/dez.2001.

CORRÊA, Oscar Dias. **A defesa do estado de direito e a emergência constitucional**. Rio de Janeiro: presença edições, 1980.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde evolução, normalização e efetividade**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Normas constitucionais e seus efeitos**. 6. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Estado de direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7.

FREITAS, Cláudia Regina Miranda. O fundamental direito à saúde. **Consulex: Revista Jurídica**, ano IX, v.9, n. 214, dez/2005.

KRELL, Joachim Andréas. **Direitos sociais e controle judicial na Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LUÑO, Antônio-Henrique Perez. **A universalidade dos direitos humanos e o estado constitucional**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, n. 57-58, São Paulo, jan/jul, 1981.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, vol. IV, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**, tomo I, 1969.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. O direito à saúde e a efetividade dos direitos sociais. **Revista Instituto de Pesquisa e Estudos**. Bauru- São Paulo: n. 41, set/dez, 2004.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: ano 9, n. 18, jul/dez, 2006.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia jurídica**: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PIOVESAN, Flávia C. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n. 37, p. 64-73, jun. 1992.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 147-165, out/dez 2005. Fórum.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: out/dez, ano 7, n. 29, p. 53- 65, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 56, p. 41- 62. dez/ 2002. Porto Alegre.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. **Revista da Ajuris**, ano XXVII, n. 83, TOMO I, p. 179-2000, setembro de 2001.

SILVA, Enio Moraes da. Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: n.167, jul/set.2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais- sociais em *terra brasilis*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 4, p. 273-308, jul/dez. 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática. RE- AgR n. 271.286-8/RS. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 set.00 DJ 24.11.2000, p.101.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão unânime. Pet-AgR 1246 / SC - SANTA CATARINA. Ementa [...] Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10, abril. 1997. DJ 17/04/98.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. AgRg no Ag 886974/ SC. Ementa: [...] Relator João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 20.09.07 DJ 29.10.2007, p. 208.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE- AgR 393175/RS. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 dez. 2006. DJ 02.02.2007, p.1524.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF N° 45. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 29 maio 2004. DJ de 04.05.2004, p. 12

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível n. 2001.020609-9. Des. Luiz César Medeiros. Florianópolis data da decisão: 31/03/2003.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

VIDAL NETO, Pedro. **Estado de direito: direitos individuais e direitos sociais**. São Paulo: LTR, 1979.