

DIREITO SOCIAL À SAÚDE: DEFINIÇÃO DA SAÚDE COMO DIREITO DERIVADO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Alexandre Walmott Borges¹

Sérgio Augusto Lima Marinho²

RESUMO

O trabalho analisa o Direito Social à saúde previsto na Constituição Brasileira e a forma como o Supremo Tribunal Federal definiu a fruição desse Direito. Parte-se de problema sobre a natureza originária ou derivada do Direito Social à saúde, com informações sobre a natureza e a função desse Direito, a compreensão da atividade judicial de controle de constitucionalidade nos Direitos Sociais, inclusive Direito à saúde, e a finalização com os julgados que definiram o padrão decisório do Supremo Tribunal Federal sobre o problema. A conclusão mostra que o padrão decisório do Supremo Tribunal Federal foi o de definição do Direito Social à Saúde como direito derivado, sujeitando-se a fruição dos Cidadãos aos contornos da atividade legislativa e administrativa.

PALAVRAS CHAVE: Controle de constitucionalidade; direitos fundamentais; direito à saúde; Supremo Tribunal Federal; direito originário; direito derivado.

¹ Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges, docente da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador do Projeto de Pesquisa. Av. João Naves de Ávila, 2121, Santa Mônica, Uberlândia-MG – 38.408-100. E-mail: walmott@gmail.com.

² Acadêmico da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia. Avenida Das Américas, 300, Morada da Colina, Uberlândia-MG - 38.411-020. E-mail: augusto_s1@hotmail.com.

DERECHO SOCIAL A LA SALUD: DEFINICIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO DERIVADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LO STF

RESUMEN

El trabajo analiza el derecho social a la salud consagrado en la Constitución y la forma en que la Corte Suprema de Brasil define el disfrute de ese derecho. Parte del problema es la naturaleza original o derivada de lo derecho social a la salud, con información sobre la naturaleza y función del derecho, la comprensión de la actividad judicial de la revisión judicial de los derechos sociales, incluido el derecho de la salud, y termina con el juicio que fijan las normas de la decisión del Tribunal Supremo sobre el tema. La conclusión muestra que la decisión por defecto de la Corte Suprema fue la definición del derecho a la salud como Derecho Social, sin perjuicio para el disfrute de los ciudadanos a los contornos de la actividad legislativa e administrativa.

PALABRAS CHAVE: Control de constitucionalidad; derechos fundamentales; derecho a la salud; Tribunal Supremo; derecho originário; derecho derivado.

1 Introdução

O presente trabalho tem por objeto de pesquisa o direito social à saúde e a maneira como este direito vem sendo interpretado e realizado pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões. A pesquisa encontra-se pautada em consulta bibliográfica e jurisprudencial sendo em abordagem de dogmática jurídica vez que se pretende analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Para tanto, dividimos o trabalho em 4 (quatro) capítulos abordando o que vem a ser o direito social à saúde, a importância do controle de constitucionalidade para garantia dos direitos sociais como o direito à saúde, e como este controle tem sido exercido pelo STF definindo a saúde como um direito originário ou derivado de estatura constitucional.

2 Classificação do direito social à saúde.

A vida é o bem jurídico mais importante de qualquer ser humano e certamente está acima de todos os demais bens protegidos pelo ordenamento jurídico, como o patrimônio material e até mesmo da honra. É neste panorama que surge o direito à saúde como consequência constitucional indissociável do direito à vida.

Saúde corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças e, por conseguinte, manutenção da vida. Dessa forma, o direito social à saúde surge com uma dupla face, uma de preservação e outra de proteção à saúde. Neste diapasão, é revelada a importância do acesso ao direito social à saúde como o direito do ser humano de preservar e proteger a sua própria vida.

O direito social à saúde, bem como seu acesso, é concebido como um direito de todos e dever do Estado, o qual deve garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas e a oferta de serviços públicos que visem à redução do risco de doenças e outros agravos.

Contudo, muitas vezes o gozar deste direito é prejudicado, seja por conta da inobservância do que dispõe a Constituição quanto àquelas políticas sociais e econômicas, seja por falta de medicamentos, material humano, e outros fatores necessários à realização do acesso ao direito social, constitucional, fundamental à saúde.

A opção terminológica adotada, direito fundamental, e não direito humano, justifica-se na perspectiva Constitucional com a qual desenvolvemos a presente obra, vez que fundamentais devem ser considerados os direitos elevados à condição de direitos constitucionais de um determinado Estado nacional.

Esta concepção, portanto, abarca os direitos constitucionais, positivados internamente, ao passo que a terminologia direitos humanos mostra-se mais adequada aos direitos essenciais aos seres humanos, todavia tomados em uma perspectiva internacional, estando eles positivados ou não nas Constituições internas.

Concebidos os Direitos Fundamentais a partir dos momentos históricos de sua positivação nas Constituições internas, a doutrina os divide em dimensões. Tais dimensões representam o surgimento e positivação destes ao longo dos séculos.

Elege-se a terminologia dimensões, ao contrário de gerações, termo anteriormente utilizado pelos estudiosos, substituído por se considerar que sua utilização poderia criar na mente do intérprete a falsa noção de substitutividade entre os direitos surgidos e os anteriores.³

Deve-se ter presente que a discordância dogmática é meramente terminológica, pois, em princípio, há consenso no que tange ao conteúdo das dimensões e gerações de direitos fundamentais.⁴

Discorrendo acerca do que considera gerações de direitos fundamentais, Joaquim Herrera Flores pondera que:

“(…) Se é possível de fato falar em gerações de direitos, estas se encontram menos vinculadas a uma manifestação de racionalidade humana universal, tal como sustentada desde os estóicos até a declaração da ONU, de 1948, mas sim, dizem respeito às diversas reações funcionais e críticas que têm sido implementadas na esfera social, política e jurídica ao longo dos processos de acumulação capitalista desde a baixa Idade Média até os nossos tempos.”⁵

Aparentemente há convergência doutrinária no sentido da existência de três dimensões de direitos fundamentais, quais sejam: primeira dimensão, segunda dimensão e terceira dimensão.

Na primeira dimensão são encontrados os direitos civis e políticos, nascidos ante a pressão burguesa frente ao Estado em busca de menor intervenção na autonomia privada. Tais direitos consubstanciam-se como garantias do cidadão “surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa,

³ No direito constitucional pátrio atribui-se à Paulo Bonavides o pioneirismo no apontamento para esta imprecisão terminológica, neste sentido vide **Curso de direito constitucional**, 7. Ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pag. 525.

⁴ Neste sentido é a lição de Antonio Augusto Cansado Trindade, esboçado na obra **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. I, Porto Alegre: Fabris, 1997, pag. 24-5.

⁵ FLORES, Joaquim Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales – crítica del humanismo abstrato**. Madrid: Los libros de Catarata, 2005, p. 101.

demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”.⁶

Por tais motivos, os direitos de primeira dimensão não exigem prestação direta⁷ alguma do Estado, ao contrario, lhe impõem uma abstenção de agir. No rol destes direitos assumem grande relevo, por conta de sua inegável inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, liberdade, propriedade e igualdade perante a Lei.

A Revolução industrial dos séculos XVIII e XIX promoveu mudanças na sociedade, gerando novos problemas sociais e econômicos. Neste contexto, o Estado viu-se obrigado a deixar de lado sua postura de abstenção para agir em prol dos interesses de uma sociedade que exige condições melhores de vida a todos.

Neste panorama surgiram os Direitos Fundamentais de segunda dimensão, também denominados direitos sociais, culturais e econômicos. Tais direitos devem ser garantidos e efetivados pelo Estado. Não se tratam esses direitos de liberdades a serem exercidas frente ao Estado, mas por seu intermédio.

Nos direitos de primeira dimensão tais como liberdade expressão, liberdade de associação, liberdade de escolher uma profissão, se parte de algo antecedente, não são criados pela regulamentação positiva, mas protegidos e ou limitada por ela.

De modo diverso, nos direitos de segunda dimensão não se parte de algo antecedente que deve ser juridicamente protegido pelo Estado, antes, é necessária criação do direito para depois se proteger e regulamentar. Por isto, somente após a ação do legislador e do administrador para possibilitar aos cidadãos o acesso a bens materiais é que surgirá algo para ser protegido contra a intervenção do Estado.⁸

Os direitos de segunda dimensão ao contrário dos de primeira dimensão exigem um agir por parte do Estado. Conforme explica Ernst-Wolfgang Böckenförd,

“La peculiaridad característica de los derechos fundamentales sociales consiste en que presuponen una actividad del legislador, la fijación y conformación a través de la ley ordinaria. Por ejemplo, deben disponerse sus condiciones y su dimensión y también la financiación”

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, pag. 43.

⁷ Dizemos que não há prestação ao menos direta, porque a doutrina mais atualizada preconiza, acertadamente, que mesmo os direitos tradicionalmente definidos como de caráter negativo, também acarretam ao Estado alguns encargos econômicos como um sistema de segurança pública e de administração judiciária, por exemplo. Neste sentido é a lição de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 35 -48.

⁸ Neste sentido, vide BÖCKENFORD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**, Prólogo de Francisco J. Batista. Trad. Juan Luis Requejos Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez – 1. Aufl – Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

(BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang, Escritos sobre derechos fundamentales, 1993).

Ainda em decorrência do progresso tecnológico e outras transformações econômicas e sociais emergem na sociedade novas necessidades, necessidades estas que precisam ser atendidas, daí surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão.

Deve-se esclarecer que quanto à titularidade dos direitos de primeira e segunda dimensão pode-se afirmá-la individual. Por outro lado, na chamada terceira dimensão, a titularidade dos direitos passa do indivíduo ao coletivo sendo por isto muitas vezes indefinida e indeterminável.

Por conta de sua titularidade eminentemente coletiva os direitos de terceira dimensão são denominados de direitos de solidariedade e fraternidade. Contudo, deve-se consignar que apesar disto resta preservado seu cunho individual nuclear ⁹. Como exemplo destes direitos, pode-se fazer referência às garantias contra manipulações genéticas, direito de morrer com dignidade, direito a mudança de sexo, direito ao meio ambiente preservado e equilibrado, direito à paz, dentre outros.

Há ainda quem defenda a existência de uma quarta e até uma quinta dimensão de direitos fundamentais. Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta dimensão de Direitos Fundamentais decorrente da globalização. Entretanto, sua positivação no direito interno está longe de se tornar uma realidade.

Para alguns autores a classificação dos Direitos Fundamentais em dimensões não explica de modo satisfatório o processo de formação histórica e social dos direitos fundamentais¹⁰. Tal classificação seria meramente uma forma acadêmica de facilitar a reconstrução histórica da luta pela concretização dos direitos fundamentais.

Apesar da importância da classificação dos Direitos Fundamentais em dimensões, é bem verdade que se deve ter em mente que tal método classificatório não tem o condão de representar fidedignamente o devir histórico, dialético e dinâmico da formação dos Direitos Fundamentais. Por isto, a doutrina desenvolveu um método classificatório que demonstra maior relevância prática uma vez que leva em consideração a função preponderante do direito em espécie.

⁹ (...) nada obstante a já revelada dimensão coletiva e difusa de parte dos novos direitos da terceira (e da quarta?) dimensão, resta, de regra, preservado seu cunho individual. SARLET, Ingo Wolfgang **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pag. 54.

¹⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

Inspirado na teoria de Jelinek, Ingo Wolfgang Sarlet classifica os Direitos Fundamentais de acordo com a sua função preponderante em Direitos de Defesa e Direitos a Prestações. Estes são divididos em direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito.¹¹

Por sua vez, os direitos de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos. Impõem ao Estado um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.¹²

Inexistem controvérsias no que concerne à identificação entre os denominados direitos de defesa com os direitos de primeira dimensão, os quais já foram tratados. No âmbito dos direitos de defesa, se enquadram primordialmente os direitos de liberdade e igualdade, bem como suas respectivas formas de manifestação e concretização.

Também está incluída entre os direitos de defesa a maioria dos direitos políticos, das garantias fundamentais e alguns direitos sociais, vez que como fora dito, esta classificação leva em consideração a função preponderante dos Direitos Fundamentais em espécie.

Os direitos a prestações, ao contrario dos direitos de defesa, exigem um agir por parte do Estado, impondo além da tarefa de não intervir na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, o dever de criar e colocar à disposição dos cidadãos as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais:

“Os Direitos Fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.”¹³

Como fora dito linhas acima, os direitos a prestações se subdividem em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. Pode-se afirmar que os direitos a prestações em sentido amplo possuem um caráter residual uma vez que se enquadram nesta classificação os Direitos Fundamentais de natureza no mínimo predominantemente prestacional, que não são direitos de defesa e nem direitos a prestações em sentido estrito.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pag. 167.

¹² Neste sentido é a lição de MANSSEN, Gerrit. **Staatsrecht I Grundrechtsdogmatik**, Munchen: Verlag Franz Vahlen, 1995, em especial pag. 13.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pag. 185.

Lado outro, os direitos a prestações em sentido estrito, na concepção de Robert Alexy, constituem direitos a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia também obter de particulares.¹⁴

Assim, os direitos a prestações em sentido estrito são facilmente identificados com os direitos sociais, dentre os quais, como preconiza a nossa Lei Maior em seu art. 6º, encontra-se o direito à saúde. Deve-se ressaltar, que o que se leva em consideração para posicionar o direito social à saúde como direito prestacional em sentido estrito é o seu caráter eminentemente prestacional.

Deve-se ter presente que o caráter eminentemente prestacional do direito social à saúde não exclui seu caráter defensivo, uma vez que gera para o Estado além do dever de criar ações que visem proteger, promover e recuperar a saúde, o dever de não prejudicar a saúde de nenhum cidadão.

3 Direito social à saúde na Constituição Federal

A Constituição, no Título II, em seu segundo capítulo, trata dos Direitos Sociais como direitos a prestações, trazendo em seu artigo 6º que:

“São direitos sociais a educação, **a saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifos nossos).

O direito social à saúde, de modo semelhante ao que ocorre com os Direitos Sociais em geral, comporta duas vertentes conforme ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira em comentários à Constituição portuguesa. A primeira vertente é de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado ou de qualquer pessoa que se abstenha de praticar atos que prejudiquem a saúde. A outra vertente é de natureza positiva, significando o direito às medidas e prestações estatais visando à prevenção das doenças e o tratamento delas¹⁵.

A Constituição, no artigo 196 define a saúde como:

“(...) direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁵ CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**, 3. ed., cit., p. 342.

Estas ações e serviços são de relevância pública, na forma do artigo citado. A saúde, bem como a previdência e a assistência social, são direitos encontrados no âmago da seguridade social. Nos termos da Carta Política, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência, e à assistência social.

A seguridade social deve ser organizada nos termos da lei, com a observância obrigatória de alguns objetivos, dentre os quais se encontram primordialmente a universalidade da cobertura e do atendimento. Assim, como a Administração Pública tem o dever constitucional de organizar a seguridade social universalizada a cobertura e o atendimento, deve fazê-lo também quanto às ações e serviços destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde.

4 Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais no Estado Constitucional

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, em seu art. 16 preconiza que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Essa declaração, inspirada nos ideais iluministas do século XVIII, condiciona a própria existência de um Estado (já que este surge, ao menos juridicamente, a através da Carta Constitucional) não somente à existência, como também à garantia de posições jurídicas fundamentais que garantam aos indivíduos o gozo das liberdades (termo aqui utilizado em sentido amplo) e que por isto, sejam retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes construídos.

A supremacia da Constituição e a conseqüente necessidade de adequação de todos os atos estatais, não somente os normativos, tal qual conhecemos hoje é descrita por Hans Kelsen para quem:

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, cuja produção, por seu turno é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos, é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora”.¹⁶

¹⁶ KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito (Reine Rechtlehre)**. Trad. João Baptista Machado, 4 ed., Coimbra: Arménio Amado, 1976. n. 35, pag. 310.

Neste panorama, surge no Estado de direitos a necessidade do controle de constitucionalidade dos atos do poder público com a finalidade de garantir a compatibilidade destes atos com a Constituição. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade realiza-se tanto pela forma de controle abstrato como pela forma de controle difuso de constitucionalidade.

É inegável que as normas definidoras de direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, em sua grande maioria possuem caráter programático. Todavia, o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal dispõe que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Ante a necessidade de conciliar a norma insculpida no art. 5º, § 1º, com a feição eminentemente programática da maioria das normas definidoras de direitos sociais, existe uma grande discussão na doutrina quanto ao alcance da referida norma constitucional.

De um extremo encontram-se aqueles para os quais o referido preceito não pode prevalecer sobre as características normativas e estruturais das normas, dessa feita, se uma norma definidora de um direito fundamental é nitidamente programática, não poderia o artigo 5º, § 1º, transformá-la rapidamente em plenamente aplicável. Assim, boa parte dos direitos fundamentais, em especial os prestacionais em sentido estrito, teria sua eficácia apenas nos termos da lei.¹⁷

No outro extremo da questão estão os que defendem que mesmo normas de cunho eminentemente programático podem propiciar o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa, tão somente em virtude de sua possível aplicabilidade imediata.¹⁸ Apesar de divergentes, as duas correntes possuem alguns pontos de contato dentre os quais podemos destacar o fato de que mesmo os defensores de uma interpretação mais restritiva da norma reconhecem que a Constituição pretende evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais.

Em posição intermediária encontra-se a doutrina representada por Gomes Canotilho, Flávia Piovesan, e entre nós Ingo W. Sarlet. Para estes autores, na esfera dos Direitos Fundamentais existem normas que pela sua insuficiente normatividade, ou, baixa densidade normativa, não estão aptas desde logo a produzir efeitos jurídicos independentemente de uma

¹⁷ Neste sentido é a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais**, in: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo nº 29. (1988), pag. 38 e ss.

¹⁸ Neste sentido é o entendimento de Eros Roberto Grau, **A ordem econômica na constituição de 1988**, pag. 322 e ss.

interpositio legislatoris e outras que por possuírem normatividade suficiente, estão aptas, já em nível constitucional e independentemente da atividade do legislador ordinário, a produzir seus efeitos.

Então, por conta desta diferença entre as normas definidoras de direitos fundamentais, a regra do artigo 5º, § 1º, da Constituição deve ser tida como um princípio constitucional, consubstanciando-se em uma espécie de mandado de otimização, estabelecendo aos órgãos estatais o dever de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Assim, transformando a regra da aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais em princípio constitucional e que por tanto não poderá, em confronto com outras regras ser completamente excluído, seu alcance dependerá da norma de direito fundamental no caso concreto, definindo-se assim seu *quantum* de aplicabilidade.

Nesta quadra, importante se mostra a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem:

“Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa lei fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos Direitos Fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.”¹⁹

Na esteira do referido autor percebe-se que a regra do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal constitui um aditivo agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, conferindo-lhes, em relação às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia. Por outro lado, isto não significa que não haja distinções quanto a gradação desta aplicabilidade imediata e maior eficácia possível entre as normas definidoras de direitos fundamentais, uma vez que como fora dito, a definição do *quantum* de utilização deste princípio dependerá da análise de cada norma individualmente.

O controle de constitucionalidade no que tange ao princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, buscará verificar se as normas infraconstitucionais reguladoras de direitos fundamentais, bem como as decisões administrativas a este respeito, estão ou não observando o referido princípio.

5 O direito social a prestações de saúde como direito derivado

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pag. 271.

O poder público encontra-se vinculado pela eficácia dos direitos fundamentais. Assim, uma vez existindo uma norma de direito fundamental que impõe ao Legislador a criação de uma política pública que concretize o referido direito, aquele tem o dever de criar tal medida para que seja aplicada pelo Administrador. Então, se um direito fundamental, como é o caso do direito à saúde, não encontra realização pela falta de políticas públicas, tal omissão deve ser apontada pelo Poder Judiciário.

Este é o entendimento de Ernst-Wolfgang Böckenförd para quem a vinculação jurídica dos direitos sociais ocorre de três formas: inicialmente o fim do programa desenhado na norma elimina a liberdade discricionária dos órgãos políticos, pois lhes vincula; é inadmissível a desatenção evidente e grosseira da finalidade do programa por parte dos órgãos estatais; as regulamentações e medidas tendentes a consecução da finalidade, uma vez estabelecidas, se mantêm constitucionalmente de maneira que a realização do mandamento estabelecida torna-se imune a supressão definitiva ou a redução que se aproxime da desatenção grosseira.²⁰

O Supremo Tribunal Federal reconhece que fornecimento de prestações em matéria de saúde é essencial, jamais podendo se caracterizar como temporário o que inclusive é um obstáculo para a contratação temporária de profissionais da saúde.

Neste sentido é o julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade 3.340, na qual ficou consignado que:

“O serviço público de saúde é essencial, jamais podendo-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções.” (ADI 3.430, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-8-2009, Plenário, DJE de 23-10-2009.)²¹

No caso em tela a questão principal é a inconstitucionalidade de uma lei estadual que permitiu a contratação temporária de funcionários para trabalharem na área da saúde, exceção ao princípio da acessibilidade dos cargos e empregos públicos não permitida pelo constituinte. Todavia, ao menos de forma reflexa se protege o cidadão no gozo de seu direito ao acesso às prestações de saúde a serem disponibilizadas, já que é provável transitoriedade do fornecimento ocasionada pela contratação temporária de servidores.

Então, que para que se possa criar uma instituição pública prestadora de serviços de saúde, em obediência ao princípio da proibição do retrocesso, a Corte Suprema entende ser

²⁰ Neste sentido, vide BÖCKENFORD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**, Prólogo de Francisco J. Batista. Trad. Juan Luis Requejos Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez – 1. Aufl – Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, em especial pag. 81 e ss.

²¹ Neste sentido, vide AgR-RE N. 271.286-8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000.

necessária sua sustentabilidade, pois se trata da prestação de um serviço essencial, portanto, de natureza permanente. Busca-se com isto evitar que o cidadão seja surpreendido com a descontinuidade do serviço colocado à disposição.

O Supremo Tribunal Federal também tem definição jurisprudencial sobre a existência do direito à saúde como direito originário ou derivado, questão central do presente trabalho. Os direitos originários são aqueles depreendidos diretamente do texto constitucional independentemente de quaisquer atos concretizadores sejam eles do poder executivo ou uma *interpositio legislatoris*. Já os direitos derivados são aqueles que têm fundamento constitucional, mas que surgem a partir de um ato concretizador.

Uma vez que as normas definidoras de direitos sociais, em sua esmagadora maioria, são normas de cunho eminentemente programático, para alguns, somente surgirá o direito a prestações após a criação de políticas públicas necessárias à concretização da norma de direito fundamental.

Por este motivo parte da doutrina considera que para se reconhecer um direito subjetivo originário a prestações deve-se verificar a densidade normativa da norma criadora deste direito, por isto, caso se trate de norma de cunho eminentemente programático, o administrado terá o direito à concretização da referida norma, e uma vez implementada a política pública requerida, o cidadão passa a ter o direito fundamental derivado de acesso igualitário à prestação disponibilizada. Conforme Ingo W. Sarlet:

Com efeito, um direito originário a prestação, poderá mesmo resultar, para além de gerar uma pretensão (individual ou coletiva) à satisfação do bem assegurado pela Constituição, na condição de direito subjetivo, na exigência de políticas públicas que precisamente irão ter como finalidade assegurar a fruição de tal prestação. Se, por sua vez, um titular de direito fundamental for excluído do âmbito dos beneficiários da política pública, o fato de ter assegurado um direito fundamental, lhe assegura, em princípio, a possibilidade de acionar o poder público e exigir o acesso à prestação. (SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 2010).

A Carta Magna em seu artigo 5º, § 1º estabelece o princípio da aplicabilidade imediata e eficácia plena das normas de direitos fundamentais. Assim sendo, para que o Estado se negue prestar o serviço uma vez implementada a política pública necessária, deverá fundamentar sua decisão com argumentos que tenham o condão de elidir tal presunção.

Lado outro, a Constituição Federal apesar de dispor sobre a criação do Sistema Único de Saúde²² (SUS) indicando suas diretrizes básicas (art. 198, I, II e III CF), fonte de custeio (art. 198, § 1º e ss) CF, modo de gestão desse sistema (art. 198, § 4), atribuições (nos

²² Lei nº 8.689, de 1993.

termos da lei) que competem ao referido sistema, não dispõe acerca das prestações materiais a serem fornecidas.

Então, em decorrência da baixa densidade normativa que o direito à saúde encontra na Carta Política, há uma dificuldade em se dizer se a distribuição de um remédio, ou a realização de um determinado procedimento cirúrgico está ou não abarcado pelo referido direito. Disto decorre a dificuldade de se reconhecer a existência de direitos originários a prestações de saúde, apesar do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais insculpido no artigo 5º, §1º da Carta Política.

Neste panorama o Supremo Tribunal Federal tem decidido que apesar da saúde ser um direito público subjetivo, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, promoção e/ou, recuperação da saúde, independentemente de uma política pública que o concretize. Neste sentido, é o julgamento da suspensão de tutela antecipada nº 268-9/Rio Grande do Sul:

“(...) não obstante, este direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.” (STA nº 268-9/RS, Presidente Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento 22.10.2008).²³

Percebe-se que o Tribunal Constitucional considera existir em nível constitucional o direito à criação de políticas públicas que visem proteger, promover e recuperar a saúde. Lado outro, no que tange as prestações materiais em si, o entendimento é de que há direitos derivados visto que surgem somente a partir da criação das referidas prestações pelo Sistema Único de Saúde.

De acordo com a jurisprudência do STF, no caso em que uma prestação de saúde pleiteada em juízo não é abrangida pelas políticas do Sistema Único de Saúde é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, hipótese em que é inegável o direito do jurisdicionado de obter a prestação necessária, ou de uma decisão de não fornecer a referida prestação.

No caso de haver a decisão pelo não fornecimento deverá ser realizada uma ponderação dos princípios em conflito à luz das circunstancia do caso concreto para se

²³ Entendimento idêntico é esboçado no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada STA 228-7 CE, Presidente Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento 14.10.2008, em que o douto Ministro relator utiliza-se inclusive das mesmas palavras supra transcritas.

averiguar se as justificativas apresentadas pelo legislador ou administrador são ou não legítimas, devem ou não ser consideradas.²⁴

Não obstante o entendimento esboçado pela Suprema Corte com relação ao direito à prestação de saúde como um direito derivado da Constituição, ou seja, surgido somente após a regulamentação e implementação de políticas públicas, parte da doutrina considera que a depender do caso concreto poderá sim se considerar existir um direito originário a prestações em matéria de saúde.

Nesta linha de idéias, Ingo W. Sarlet considera possível o reconhecimento, no caso concreto e a depender das circunstâncias, até mesmo de um direito originário a prestações na esfera da saúde, o que não significa dizer que tais prestações se darão sob o prisma da gratuidade absoluta, no sentido de uma impossibilidade de qualquer tipo de cobrança pelo uso do sistema público de saúde, já que o que a Constituição garante é o acesso igualitário e universal (art. 196) e não o acesso gratuito.²⁵

Nesta quadra é válida a lição do publicista para quem

“Mesmo na sua inafastável (mas jamais exclusiva e destituída de eficácia e aplicabilidade direta) dimensão programática, os direitos fundamentais, notadamente os sociais, não precisam necessariamente constituir um instrumento de manipulação ou uma mera ilusão.”²⁶

Ademais, a própria Corte Constitucional em diversos julgados afirma que o direito social à saúde não poderá se transformar em uma promessa constitucional inconsequente.

Este é o entendimento exposto no julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário nº. 271.286-8/RS, cujo relator é o Ministro Celso de Melo:

“O **caráter programático** da regra inscrita no art. 196. da Carta Política - que tem por destinatário **todos** os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELA JUNIOR, “**Comentários à Constituição de 1988**”, vol. VIII/4332-4334, item n 181, 1993, Forense Universitária) – **não pode converter-se** em promessa constitucional inconsequente, **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”.²⁷

²⁴ Neste sentido, confira-se a Suspensão de Tutela Antecipada nº 268-9/RS, Presidente Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ 22.10.2008.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pag. 322 a 323.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, Pag 364.

²⁷ Neste sentido confira-se **RE 368.564**, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-4-2011, Primeira Turma, *DJE* de 10-8-2011; **STA 175-AgR**, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, *DJE* de 30-4-2010; **AI 734.487-AgR**, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, *DJE* de 20-8-2010.

Uma vez que a própria Corte Constitucional demonstra preocupação com o esvaziamento do sentido da norma constitucional que outorga o direito social à saúde ressaltando que tal norma não poderá transformar-se em promessa constitucional inconsequente, entendemos ser possível se falar em um direito originário à prestações.

Deve-se ter presente que o que se defende é a existência de um direito originário a prestações, direito este que como qualquer outro não seria absoluto e imune a restrições, muitas vezes necessárias ante a própria conjuntura financeira do Estado. Ressalte-se ainda que tal entendimento colabora para a maior garantia de efetividade do direito social à saúde ao cidadão ante a costumeira inércia do poder público no que tange a realização dos direitos sociais no âmbito infraconstitucional.

6 Conclusão

Os direitos fundamentais sociais como o direito social à saúde, apesar de positivados na Constituição através de normas de cunho eminentemente programático, criam uma vinculação jurídica para os poderes públicos que se encontram obrigados a realizar os programas nelas estabelecidos.

As normas definidoras de direitos sociais são destinadas então aos órgãos públicos constituindo um mandado de realização do qual não podem se esquivar. Por isto, a Corte Constitucional em suas decisões concernentes ao direito social à saúde, entende que não há um direito originário na constituição a prestações em matéria de saúde.

Portanto, originário somente é direito à criação de políticas públicas que visem a proteger, promover e recuperar a saúde. Assim, o direito a prestações materiais específicas somente surge com a criação no nível infraconstitucional das específicas prestações materiais públicas sendo, portanto um direito derivado. Mais especificamente, O STF conforma o direito à saúde nas quadras do SUS e das possibilidades da Administração Pública e do Legislador.

Não obstante tal posicionamento há quem considere, com o que concordamos que melhor seria se reconhecer a existência de um direito originário a prestações em matéria de saúde defluido diretamente da Constituição. Ressalte-se que tal entendimento mostra-se mais adequado ante a costumeira inércia do poder público na realização específica de direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina.

BÖCKENFORD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**, Prólogo de Francisco J. Batista. Trad. Juan Luis Requejos Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez – 1. Aufl – Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 7. Ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais**, in: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo nº 29. 1988.

FLORES, Joaquim Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales – crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Los libros de Catarata, 2005.

GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**, 3ª Ed, São Paulo: Malheiros, 1997.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito (Reine Rechtslehre)**. Trad. João Baptista Machado, 4 ed. , Coimbra: Arménio Amado, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cansado, **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. I, Porto Alegre: Fabris, 1997.

Referências Jurisprudenciais

Supremo Tribunal Federal

ADI 3.430, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-8-2009, Plenário, *DJE* de 23-10-2009.

AgR-RE 271.286-8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000.

AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, *DJE* de 20-8-2010.

RE 368.564, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-4-2011, Primeira Turma, *DJE* de 10-8-2011.

STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, *DJE* de 30-4-2010.

STA 228-7 CE, Presidente Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento 14.10.2008

STA nº 268-9/RS, Presidente Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento 22.10.2008.

Disponíveis em www.stf.jus.br.