

O duplo regime jurídico do direito à saúde na CF/88: direito fundamental de caráter social e direito público subjetivo

The double legal regime of the right to health in the Brazilian Federal Constitution of 1988: fundamental right of social character and public subjective right

Clarice Seixas Duarte*

Resumo

O presente artigo tem como objetivo, a partir de uma análise a respeito do tratamento jurídico dispensado ao direito à saúde na Constituição Federal Brasileira de 1988 – notadamente o seu reconhecimento expresso como um direito fundamental de caráter social –, refletir sobre a natureza, a titularidade, o objeto e o alcance desse direito à luz do modelo de Estado Social e Democrático de Direito adotado em nosso ordenamento, analisando, inclusive, a possibilidade e os efeitos de sua consideração como direito público subjetivo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito à saúde. Direito público subjetivo. Políticas públicas de saúde.

Abstract

The present article is based on an analysis of compliance with the legal regime concerning the Right to Health in the Brazilian Federal Constitution of 1988 – notably its express recognition as a fundamental right of a social nature. The article reflects about the nature, beneficiary, object and extension the Right to Health based on the model of the Social and Democratic State of Law adopted

* Clarice Seixas Duarte: Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico e da Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Coordenadora do grupo de pesquisa CNPq "Os Direitos Políticos, Econômicos e Sociais na Jurisprudência dos Tribunais Superiores". São Paulo-SP-Brasil. Email: clasduarte@uol.com

by the Brazilian legal system, analyzing the possibility and consequences of the qualification of the Right to Health as a public subjective right.

Keywords: *Fundamental rights. Right to health. Public subjective right. Health public policies.*

Introdução

A Constituição Federal Brasileira de 1988 – CF/88 – representou um importante avanço em termos de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, prevendo um regime jurídico de proteção diferenciado a essa categoria de direitos.

O direito à saúde foi expressamente reconhecido como um direito fundamental, de natureza social, no artigo 6º da CF/88. Todavia, não há consenso a respeito do significado e alcance do regime jurídico aplicável a essa categoria em nosso ordenamento jurídico. Trata-se de um direito de titularidade individual ou coletiva? Que tipo de deveres o reconhecimento constitucional desse direito gera para os Poderes Públicos? O seu titular tem o direito de exigir do Estado prestações de natureza positiva ou meras abstenções? Esse direito tem aplicabilidade imediata, ou sua eficácia depende da intermediação do legislador infraconstitucional ou da atividade dos órgãos responsáveis pela implementação de políticas públicas? Em caso de insuficiência ou omissão dos Poderes Públicos na oferta de prestações que constituem o objeto do direito à saúde, o Judiciário pode intervir? Em caso afirmativo, quais são os parâmetros para demarcar os limites dessa intervenção? É possível reconhecer a existência de um direito público subjetivo a prestações e serviços de saúde? Se sim, sob que fundamento e quais as consequências daí advindas?

Passados quase 25 anos da promulgação da CF/88, ainda não há consenso sobre as respostas a essas e outras questões que envolvem a efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social. Alguns autores insistem em continuar considerando os direitos sociais como uma espécie de direito de “segunda classe”, como meras

expectativas de direito ou conselhos ao administrador público. Outros acreditam que as decisões sobre a implementação dos direitos sociais, por envolverem escolhas sobre alocação de recursos públicos, deveriam estar adstritas ao âmbito da política. O Judiciário jamais poderia se imiscuir em tais questões, sob pena de comprometimento do princípio da separação de poderes e ofensa ao princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária.

Apesar da extensa produção normativa sobre o direito à saúde – tanto no plano constitucional como infraconstitucional, quando questões concretas envolvendo a negativa ou insuficiência da oferta de prestações de saúde são submetidas à apreciação do Judiciário –, nem sempre é possível identificar uma tendência clara, coerente e um padrão uniforme de julgamento.

A distância entre o texto constitucional e a realidade social – filas em hospitais, atendimentos precários, falta de remédios – parece indicar a necessidade de aprofundar a reflexão a respeito das características dos direitos sociais e das consequências de seu reconhecimento expresso em nosso ordenamento jurídico.

Tendo em vista o estado de insegurança jurídica em torno do tema e os altos índices de exclusão social, o presente artigo tem por objetivo contribuir para o esclarecimento de alguns pontos a respeito do regime jurídico dos direitos sociais à luz da CF/88, usando o exemplo do direito à saúde tal como positivado em nosso sistema constitucional. Pretendemos identificar: a) quem são seus titulares; b) qual é a natureza desse direito (se constituem ou não verdadeiros direitos e o tipo de prestações que geram para os Poderes Públicos – negativas ou positivas); c) qual é o seu objeto (prestações individuais ou políticas públicas); d) quais as suas condições de eficácia (se são direitos diretamente aplicáveis a partir da CF/88 ou dependem da intermediação do legislador infraconstitucional ou de atos da administração pública); e) se vinculam os Poderes Públicos; e, finalmente, f) se podem ou não ser considerados direitos públicos subjetivos e quais as consequências daí advindas.

O delineamento desse regime jurídico só poderá ser feito de forma adequada se levarmos em conta o modelo de Estado (social) e o regime político (democrático) adotado em nossa Constituição. Pretendemos, à luz de uma teoria constitucionalmente adequada a respeito dos direitos fundamentais¹, demonstrar que a CF/88, ao adotar o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, concedeu grande destaque aos direitos fundamentais de caráter social e criou um regime reforçado para garantir sua efetivação, reconhecendo sua aplicabilidade imediata e sua proteção contra a ação erosiva do legislador infraconstitucional. Além do regime geral de proteção dos direitos sociais, procuraremos demonstrar, também, que o direito à saúde pode ser reconhecido como um autêntico direito público subjetivo, exigível em juízo, tendo como objeto não apenas prestações de natureza individual (pelo menos ao mínimo existencial), mas políticas públicas que constituem objeto primário dessa categoria de direitos, tratando-se de um direito de titularidade ao mesmo tempo individual, coletivo e até difuso.

1 Regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais de natureza social à luz da CF/88

O direito à saúde², previsto no Título II da CF/88 (“Dos direitos e garantias fundamentais”), foi reconhecido expressamente como um direito social no artigo 6º, ao lado da educação, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à

¹ Entendemos que uma adequada interpretação dos direitos fundamentais depende da compreensão de sua vinculação a uma determinada teoria da Constituição, que está, por sua vez, atrelada a uma determinada concepção de Estado. Isso porque a forma como a função do Estado é concebida e o poder é distribuído em uma sociedade leva a diferentes configurações do conceito de direitos fundamentais (sobre essa discussão, ver BÖCKENFORDE, 1993, p. 66 e ss).

² A Organização Mundial de Saúde (OMS), no preâmbulo de sua Constituição, de 1946, introduz um conceito amplo de saúde, entendida como: “o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades”, estabelecendo, no mesmo dispositivo, que “o gozo do maior padrão de saúde desejado é um direito fundamental de todos os seres humanos, sem distinção de raça, religião, opção política e condição econômica e social”.

maternidade e à infância e da assistência aos desamparados. O rol dos direitos previstos no artigo 6º foi detalhado no Título VIII, que disciplina a ordem social, voltada à realização dos objetivos de promoção do bem-estar e da justiça sociais. A seção II do capítulo II do referido título correspondente aos artigos 196 a 200 trata especificamente do direito à saúde, que, juntamente com a previdência e a assistência social, integra o sistema da seguridade social.³

Para compreender a delimitação de seu conteúdo e as consequências do reconhecimento expresso do direito à saúde como um direito fundamental de caráter social, vamos analisar cada um dos aspectos que compõem o seu estatuto jurídico, partindo do modelo de Estado e do regime político adotado em nossa Constituição, fatores que constituem os grandes vetores para uma interpretação adequada dessa categoria de direitos.

1.1 O Estado Social e Democrático de Direito como fundamento e princípio vetor da interpretação dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988

Os princípios subjacentes ao regime político adotado na Constituição Federal de 1988 se fazem presentes já no *caput* do artigo 1º, que institui, de maneira expressa, o Estado Democrático de Direito, com fundamento na cidadania (inciso III), no pluralismo político (inciso V) e na soberania popular (parágrafo único). A abertura à participação popular nos processos de tomada de decisões políticas (de forma direta ou indireta) é, pois, um imperativo constitucional.

Embora o caráter social desse Estado Democrático não tenha sido expressamente previsto em um dispositivo específico de maneira literal,

³ Nos termos do artigo 194 da CF/88, "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".

o mesmo pode ser facilmente deduzido a partir da análise dos objetivos fundamentais da República, previstos no artigo 3º, dentre os quais destacamos: busca por uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), e redução das desigualdades sociais (inciso III), esta última também referida como princípio da ordem econômica (art. 170, VII).⁴ Deve-se destacar, ainda, a previsão de um extenso rol de direitos sociais em nosso ordenamento jurídico.

Como decorrência desse modelo de Estado, impõe-se aos Poderes Públicos, no processo de concretização dos direitos fundamentais previstos na CF/88, o dever de adotar uma série de tarefas e medidas concretas para realizar objetivos coletivos, sempre em busca da igualdade material, *feita pela lei*, priorizando os grupos mais carentes ou vulneráveis da sociedade, com vistas a atingir a justiça social.

O Estado Social funciona segundo a lógica da justiça distributiva, que tem uma implicação política inovadora, pois envolve a discussão

⁴ “O art. 3º da Constituição de 1988 faz parte dos princípios constitucionais fundamentais. A característica teleológica destes princípios lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda ordem jurídica, definindo e caracterizando a coletividade política e o Estado ao enumerar as principais opções político-constitucionais. [...] Os princípios constitucionais fundamentais também têm a função de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado. A fórmula política individualiza o Estado, pois diz respeito ao tipo de Estado, regime político, valores inspiradores do ordenamento, fins do Estado etc. [...] Em suma, a fórmula política é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos manifestados na Constituição. O que contraria a fórmula política afeta a razão de ser da própria Constituição [...]. O art. 3º da Constituição de 1988, além de integrar a fórmula política, também é, na expressão de Pablo Lucas Verdú, a ‘cláusula transformadora’ da Constituição. A ideia de ‘cláusula transformadora’ está ligada ao art. 3º da Constituição italiana de 1947 e ao art. 9º, 2, da Constituição espanhola de 1978. Em ambos os casos, a ‘cláusula transformadora’ explícita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, impedem que a Constituição considerasse realizado o que ainda está por se realizar, implicando na obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. Os dois dispositivos constitucionais buscam a igualdade material através da lei, vinculando o Estado a promover meios para garantir uma existência digna para todos. [...] Resta, ainda, esclarecermos que, embora fixe um programa de atuação para o Estado e a sociedade brasileiros, o art. 3º da Constituição não é uma norma programática. Sua eficácia, como princípio fundamental, é imediata” (BERCOVICI, 2003, p. 291-295).

sobre realocação dos bens e serviços produzidos socialmente para a redução das desigualdades existentes na sociedade.⁵

Note-se que o Estado Social não rompe com os princípios do Estado Liberal, mas busca corrigir as suas falhas por meio da criação de mecanismos de intervenção dos Poderes Públicos para se atingir objetivos coletivos e reduzir as desigualdades existentes na sociedade. A igualdade formal perante a lei (grande bandeira do Estado Liberal) passa a ser considerada insuficiente para a realização dos objetivos concretos desse novo modelo de Estado.

1.2 Quem são os titulares do direito à saúde?

Uma das grandes inovações introduzidas a partir da CF/88 foi o reconhecimento do caráter universal do direito à saúde, estendendo a todos as prestações e serviços públicos de saúde, não mais se restringindo àqueles indivíduos inseridos no mercado formal de trabalho (BARROSO, s.d., p.14). De fato, o artigo 196 estabelece explicitamente o dever do Estado em garantir o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços públicos necessários para a promoção, proteção e recuperação da saúde, o que significa dizer que devem ser prestados gratuitamente e sem discriminações de qualquer natureza, para que possam, efetivamente, estender-se a todos (BRASIL. Ministério da Saúde, 2006, p. 71).

⁵ “A justiça distributiva diz respeito a regras de apropriação individual de recursos comuns [...]. Tais regras, pela sua generalidade, não podem ser definidas para um só caso. Daí o ar de injustiça de que padecem as decisões judiciais que contrariam as regras geralmente estabelecidas e aceitas, pois rompem com a regra formal da justiça: que todos que pertencem à mesma classe sejam tratados igualmente [...]. As decisões que pretendem fazer justiça distributiva, ou que, sob o pretexto de fazer justiça comutativa, estão de fato envolvidas em questões distributivas, geram tratamento desigual, retirando de uma classe um certo indivíduo. O sucesso ou o insucesso de uma parte é considerado como uma forma de discriminação, um privilégio. O problema particular que atravessamos hoje é a determinação dos critérios da justiça distributiva [...] Institucionalmente, o Judiciário está pouco aparelhado para fazer a justiça distributiva na medida em que foi montado e desenhado para supervisionar conflitos individuais e, sobretudo, bilaterais, em que há um jogo de soma zero” (LOPES, 1994, p. 25-26; 29-30).

Já o artigo 5º, *caput*, da CF/88 “dispõe que os direitos e garantias nela consagrados são assegurados aos brasileiros e estrangeiros *residentes no país*” (grifo nosso). Isso significa que os estrangeiros não residentes no país estão excluídos da proteção do direito à saúde se estiverem passando férias no Brasil? Pelo princípio da universalidade, consagrado no artigo 196, não há como negar que o direito deva ser estendido também aos estrangeiros que não residam no país, os quais não poderiam ser impedidos de acessar os serviços públicos de saúde caso dele necessitem (SARLET, 2002).

Mas, além de ser um direito universal, o direito à saúde, assim como outros direitos sociais, tem, simultaneamente, uma dimensão individual e uma coletiva. Para compreendermos essa afirmação, vale a pena retomar o processo de evolução histórica dos direitos humanos, que partiu da afirmação de direitos individuais até o reconhecimento de direitos de toda a humanidade.

A chamada teoria das “gerações” de direitos humanos, hoje substituída pela teoria das “dimensões”, descreve um processo de evolução histórica dessa categoria de direitos marcada pela expansão gradativa de sua titularidade. De direitos individuais, típicos do liberalismo, passou-se ao reconhecimento de direitos sociais ou coletivos, resultado das reivindicações de grupos de trabalhadores por melhores condições de vida, até chegar a demandas voltadas à garantia dos direitos dos povos (como é o caso do direito à autodeterminação de seu regime político), desembocando na afirmação de direitos de toda a humanidade (de que são exemplos o direito à paz e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).

A teoria que descreve essa evolução tem caráter meramente didático e não deve servir para cristalizar a imagem de que os direitos sucessores dos anteriormente reconhecidos vieram substituí-los ou que existe alguma relação de hierarquia entre eles. Ao contrário, os direitos humanos formam um todo interdependente e indivisível, tal como previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) e nos sucessivos documentos de proteção a essa categoria de direitos que foram sendo firmados ao longo dos séculos XX e XXI.

O importante é perceber que a ampliação da titularidade dessa categoria de direitos ao longo do tempo não retira sua dimensão voltada à proteção do indivíduo. Ocorre apenas que a mera proteção do indivíduo é insuficiente para proteger a dignidade da pessoa humana em todas as suas manifestações.

Assim, o direito à saúde é, ao mesmo tempo, o direito a uma vaga em um leito de hospital por parte de um indivíduo que esteja em uma situação a exigir um tratamento médico dessa natureza, mas nem por isso deixa de ser o direito de todos à organização e implementação dos sistemas públicos necessários para a oferta das prestações de saúde (aspecto coletivo). Poderíamos falar, ainda, num aspecto difuso do direito à saúde, pois a sua garantia está ligada à proteção do meio ambiente, um bem de valor indivisível. Se permitirmos a poluição do meio ambiente hoje, isso poderá afetar a saúde de indivíduos singularmente considerados que vivem em determinadas comunidades (grupos), e até mesmo a das futuras gerações.

1.3 Natureza do direito

Hoje, boa parte da doutrina reconhece que não é possível estabelecer uma diferença definitiva quanto à natureza dos direitos ditos individuais (civis e políticos) e a dos direitos sociais. Como adverte Christian Courtis (2010, p. 490):

Não há um traço ou característica comum capaz de definir tanto os direitos civis e políticos como os DESC [direitos econômicos, sociais e culturais], como se tais direitos formassem catálogos perfeitamente consistentes de direitos. O esforço para reduzir direitos civis e políticos a 'direitos negativos' – ou seja, direitos que requerem abstenção Estatal – e os DESC a 'direitos positivos' – ou seja, direitos que requerem ação Estatal – é claramente errado. Todo direito – independentemente de sua classificação como direito civil, político, econômico, social ou cultural – requer tanto abstenção quanto ação Estatal, e não há praticamente direito algum que não demande recursos para ser implementado e protegido.

De fato, assim como outros direitos fundamentais, o direito à saúde tem uma dimensão negativa (direito de defesa), em função da qual o Estado deve se abster de criar obstáculos ao seu exercício, sendo-lhe vedado, por exemplo, editar uma lei que exclua o acesso de determinados cidadãos a um serviço público criado para dar concretude a esse direito, o que instituiria uma discriminação arbitrária e injustificada (SARLET, 2002, p. 10).

Outra consequência do reconhecimento da dimensão negativa do direito à saúde se refere ao fato de sua realização ser informada pelo princípio da proibição do retrocesso social. Isso significa que, uma vez tendo sido atingido um determinado grau de efetivação, o Poder Público não pode retroagir deixando de prestar um determinado serviço ou simplesmente revogando uma norma infraconstitucional criada para conferir maior concretude a um dispositivo da Constituição Federal relativo àquele direito (SARLET, 2002, p. 10-11).

Mas a concretização do direito à saúde também tem uma dimensão positiva, fortemente acentuada no contexto de um Estado Social. Isso significa que esse direito, assim como outros direitos fundamentais, só se realiza mediante a criação, por parte dos Poderes Públicos, de um sistema próprio e uma estrutura necessária para garantir a oferta de prestações de saúde que possam atender às necessidades de seus titulares.

Como exemplos de prestações positivas em matéria de direito à saúde, podemos citar os deveres de construção de hospitais e atendimento hospitalar; de contratação de médicos; de fornecimento de medicamentos e realização de exames. Sem falar na obrigação de cuidar dos chamados “fatores determinantes e condicionantes”, pois a saúde não se efetiva sem a realização de outros direitos sociais – saneamento, educação, meio ambiente, alimentação. Tudo isso envolve participação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, ou seja, demanda elaboração e implementação de políticas públicas articuladas entre si.

1.4 Quanto à eficácia

Assim como os demais direitos sociais, o direito à saúde se situa no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, constituindo fonte de sua legitimidade. O papel de destaque que desempenham em nosso sistema jurídico é decorrência da relevância do bem jurídico tutelado pelas normas que disciplinam os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana⁶, fundamento de toda essa categoria de direitos. Tal característica justifica o fato de desfrutarem de um regime de proteção reforçado, pois constituem condição indispensável para uma vida digna.⁷

No caso da CF/88, podemos citar dois exemplos que ilustram o tratamento diferenciado dispensado aos direitos fundamentais: o princípio da aplicabilidade imediata, previsto no artigo 5º, § 1º da CF/88; e a previsão dos direitos individuais entre as chamadas cláusulas pétreas, tal como disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV da CF/88.

No que tange à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, há muita polêmica em torno do significado e alcance de tal princípio. Destacamos três interpretações, abaixo citadas.

Para a primeira corrente, o artigo 5º, § 1º, torna os direitos sociais diretamente aplicáveis, exceto quando a Constituição os positiva sob a forma de normas programáticas ou remete sua concretização à

⁶ “O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos” (BARROSO, s. d., p. 10).

⁷ O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948, enumera a saúde como uma das condições necessárias à vida digna, reconhecendo, assim, o caráter fundamental desse direito. No mesmo sentido, outros documentos que integram o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como é o caso do Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, de 1966, reconheceram o direito de toda pessoa de desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental (art. 12, I), estabelecendo medidas concretas que os Estados-partes deveriam adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, tais como a redução da mortalidade infantil, a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente, a prevenção e o tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas e profissionais, a criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade, dentre outras (art. 12, II). O Brasil ratificou esse Pacto em 24 de janeiro de 1992.

regulamentação por parte do legislador, estabelecendo que eles só serão exercidos “na forma prevista em lei”.

Trata-se do posicionamento do constitucionalista José Afonso da Silva. Para ele, há casos em que as normas constitucionais não regulam direta, imediata e integralmente a matéria a que se referem, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou às entidades e órgãos responsáveis pela implementação de políticas públicas (SILVA, 1998, p. 83).

Para Silva (1998, p. 83-84), é o que ocorre com o artigo 196 da CF/88, dispositivo em que o constituinte originário, ao prever a saúde como dever do Estado, não impôs propriamente uma obrigação jurídica, mas um mero princípio de eficácia reduzida, uma tarefa ou finalidade a depender da atuação do legislador infraconstitucional ou dos órgãos executores de políticas públicas.⁸

Uma segunda teoria defende a tese de que a CF/88 consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais como um todo, criando instrumentos processuais aptos a combater a omissão do legislador e dos demais órgãos estatais quando da sua não integração, de que são exemplos o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A previsão de tais garantias pela CF/88, se não tornou todos os direitos fundamentais imediatamente aplicáveis por si, significou a criação de um sistema apto a provocar o Poder Público, no sentido de tornar efetivas as normas de direitos fundamentais.

A terceira posição, defendida por Ingo Sarlet (2002, p. 9), é a de que o artigo 5º, § 1º, deve ser interpretado como um mandamento de maximização da eficácia dos direitos fundamentais, ou, simplesmente, como um “mandamento de otimização”. Segundo tal visão, o dispositivo citado impõe aos órgãos estatais o dever de conferir às normas de

⁸ Em sentido contrário, Gilberto Bercovici (2003, p. 295) afirma, tomando o exemplo do artigo 3º da CF/88, que este, embora fixe um programa de atuação para o Estado e a sociedade brasileira, não é uma norma programática. Sua eficácia, como princípio fundamental, é imediata.

direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível, levando-se em conta limitações de ordem fática e jurídica existentes.⁹

Os limites fáticos estão relacionados à dimensão econômica dos direitos fundamentais, atribuída por alguns autores apenas aos direitos sociais, sob a alegação de que a sua plena realização demanda a disponibilidade de recursos, razão pela qual estariam subordinados à chamada “teoria da reserva do possível”.¹⁰

Já os limites jurídicos se referem ao que a doutrina chama de “reserva parlamentar em matéria orçamentária” (SARLET, 2002, p. 13), ou seja, à exigência de que, num Estado Democrático, as decisões sobre afetação de recursos orçamentários estejam vinculadas às escolhas do legislador democraticamente eleito. Tal limite estaria diretamente vinculado ao princípio da separação de poderes.¹¹

Concordamos com Luís Roberto Barroso (s. d., p. 11) quando ele afirma que os juízes e Tribunais têm legitimidade para determinar

⁹ “Vale dizer, em outras palavras, que das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do ponto contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais” (SARLET, 2002, p. 9).

¹⁰ Essa expressão foi cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (BverGE 33: 303-333) e vem sendo largamente utilizada no Brasil, muitas vezes, como um argumento para esvaziar o caráter imperativo dos direitos fundamentais, particularmente os de natureza social. Contudo, acreditamos não ser possível aceitar que a reserva do possível se sobreponha sempre e de maneira incondicional ao princípio da dignidade humana, fundamento e fonte de legitimidade das constituições contemporâneas (ver, a esse respeito: BARROSO, s. d., p. 24, nota 47). O STF já se manifestou no sentido de que a chamada “cláusula da reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais (ADPF nº 45/MC DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.05.2004). Note-se que a limitação da reserva do possível não constitui um obstáculo para o aumento dos gastos públicos em decorrência da política monetária, especialmente as altas taxas de juros necessárias para a garantia do custo da moeda. Tal situação leva à supremacia do chamado orçamento monetário sobre as despesas sociais, gerando uma crise de financiamento do setor público: “Para garantir a atração dos investimentos privados, o Poder Público brasileiro tem que estabilizar o valor real dos ativos das classes proprietárias. Ou seja, o orçamento público deve estar voltado para a garantia do investimento privado, para a garantia do capital privado, em detrimento dos direitos sociais e serviços públicos voltados para a população mais desfavorecida” (BERCOVICI; MASSONETTO, 2005, p. 14-15).

¹¹ Cláudio Pereira de Souza Neto (2010) faz uma importante crítica à utilização do princípio da separação de poderes como limite genérico à efetivação dos direitos sociais: “[...] o modelo

o cumprimento dos direitos fundamentais sempre que os órgãos eleitos não estiverem agindo com respeito ao conteúdo das Constituições e das leis, que são fruto da deliberação democrática:

[...] podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

Ainda na visão deste autor:

Sempre que a Constituição define um direito fundamental, ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservando o seu núcleo essencial. (BARROSO, s. d., p. 12)

Barroso está se referindo a uma característica dos direitos fundamentais quando expressos na forma de princípios: o fato de eles

de separação de poderes adotado no Brasil não é o de atribuição estanque das funções legislativa, executiva e jurisdicional a diferentes ramos do Estado. Conforma-se como 'sistema de freios e contrapesos': envolve complexa trama de implicações e de limitações recíprocas e prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro. A concretização de direitos sociais pelo Judiciário, condenando a Administração a prover bens e serviços, insere-se nessa rede de implicações recíprocas. Não é possível, portanto, através da simples referência à separação de poderes, deslegitimar a garantia de direitos sociais pelo Judiciário. Pode-se discutir o grau dessa interferência. Pode-se argumentar que a jurisprudência brasileira 'judicializa' excessivamente a política. Essa crítica, contudo, só ganha consistência quando opera com outros elementos, que não simplesmente o princípio da separação de poderes" (SOUZA NETO, 2010, p. 520-521).

serem limitáveis por outros princípios. Ocorre que, quando há colisão entre dois princípios que veiculam direitos fundamentais (sociais ou individuais), não é possível estabelecer, *a priori*, uma relação de hierarquia entre ambos. A situação deverá ser resolvida de acordo com o peso relativo de cada um no caso concreto, sempre com vistas a conferir o maior grau de efetividade possível a ambos. Trata-se da aplicação do método da ponderação. É função do intérprete conferir, desde logo, a maior efetividade possível aos princípios colidentes num determinado caso concreto, independentemente da atuação do legislador ou da implementação de políticas sociais. Assim, se os direitos fundamentais são limitáveis por outros direitos fundamentais, isso não significa que não tenham a possibilidade de ser aplicados de forma direta e imediata já a partir da Constituição.¹²

Acreditamos que a terceira posição, a qual atribui à norma constante do artigo 5º, § 1º, a natureza de um mandamento de otimização, é a mais apropriada, pois traduz a interpretação mais compatível com o modelo de Estado Social e Democrático de Direito adotado em nossa Constituição. Afinal, para realizar os valores desse modelo de Estado, é preciso levar a sério os direitos sociais e conferir-lhes a maior eficácia possível. Tal posição também está de acordo com a teoria que reconhece os princípios de direitos fundamentais como verdadeiras normas jurídicas, não lhes afastando o caráter de imperatividade. Trata-se apenas de normas que têm um modo peculiar de aplicação, conforme acima descrito.

Em relação à previsão dos direitos individuais no rol de direitos considerados imunes à ação erosiva do legislador (cláusulas pétreas), tal garantia representou outro importante avanço em termos de proteção dessa categoria de direitos. Nesse caso, a polêmica gira em torno de definir se esse dispositivo se estende aos direitos fundamentais como um todo, incluindo-se os direitos sociais, ou se a sua aplicação atinge apenas os direitos individuais, como a interpretação literal do dispositivo parece sugerir.

¹² Sobre a teoria dos princípios, ver Robert Alexy (1997) e Ronald Dworkin (2002).

Vimos que os direitos fundamentais devem servir para realizar a dignidade da pessoa humana em suas mais diversas dimensões, sob o aspecto individual, coletivo, social e até mesmo difuso. Daí porque entendemos ser absolutamente defensável a tese de que a proteção reforçada, conferida pelo artigo 60, § 4º, inciso IV, deve ser aplicada aos direitos fundamentais como um todo, pois, ao fim e ao cabo, trata-se de direitos voltados à proteção do ser humano. Ocorre que a sua satisfação integral não pode ser reduzida ao somatório de prestações individuais. Para garantir o direito à saúde, é preciso organizar os componentes necessários para o funcionamento e articulação do sistema público respectivo, que existe para garantir uma vida digna a todos e a cada um em particular. Como não é possível fazer isso de uma vez só, é preciso planejar, de forma racional, a atuação do Estado a fim de, progressivamente, ampliar o alcance da satisfação do direito, de modo a cumprir as prioridades constitucionalmente estabelecidas.

Por fim, vale a pena trazer o argumento utilizado por Ingo Sarlet (2002) para defender a inclusão do direito à saúde no rol das cláusulas pétreas, independentemente de considerar a dimensão individual desse direito:

Ainda que não se queira admitir que a saúde seja também (para efeito do disposto no art. 60, § 4º, inciso IV, da nossa Constituição) direito individual fundamental – do que não dão conta as inúmeras demandas individuais que aportam mensalmente apenas nas Varas da Fazenda Pública de Porto Alegre – de cada uma e de todas as pessoas, sempre haverá como sustentar que, em virtude da inequívoca relevância do bem jurídico tutelado (em suma, a vida, a dignidade e a integridade física e psíquica do ser humano), as normas jusfundamentais sobre a saúde enquadram-se nos chamados limites materiais implícitos à reforma constitucional. (SARLET, 2002, p. 11)

Ora, embora não haja consenso em torno do verdadeiro alcance dos dispositivos acima citados, se o direito à saúde constitui um direito fundamental, isso significa que ele ocupa uma posição de destaque no

ordenamento jurídico, merecendo, portanto, uma proteção reforçada, tanto para garantir a sua aplicabilidade imediata na medida do possível quanto para manter a sua integridade dentro do próprio ordenamento, o que reflete uma preocupação do legislador constituinte em revestir os direitos fundamentais de mecanismos aptos a tornar sua proteção mais eficaz.

1.5 Quanto ao objeto (prestações individuais ou políticas públicas?)

Uma das maiores dificuldades em tornar efetivo um direito fundamental de caráter social está ligada à peculiaridade de seu objeto – as políticas públicas –, cuja realização envolve a ação governamental e todo o processo decisório respectivo (processo jurídico-institucional de construção da decisão política). Mas, afinal, em que consiste esse conceito? Segundo a proposta de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39):

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.

A autora foi pioneira na realização de uma análise do conceito no âmbito jurídico. Seu trabalho permitiu, a partir de uma teoria constitucionalmente adequada a respeito dos direitos sociais, identificar os elementos (ação, coordenação, contraditório e programa) e as etapas essenciais (planejamento, execução, fiscalização e avaliação) que compõem essa categoria, contribuindo, assim, para a definição

de critérios objetivos que orientam a ação dos Poderes Públicos no processo de concretização dos direitos que têm por objeto as políticas públicas.

No caso da política pública de saúde, a CF/88 estabeleceu, de maneira detalhada, especialmente nos artigos 196 a 200, as diretrizes e os objetivos que devem servir como baliza para guiar a atuação dos Poderes Públicos no processo de sua elaboração e implementação. Tais parâmetros foram sintetizados no artigo 198, que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), uma rede regionalizada e hierarquizada, guiada pelos princípios da descentralização e do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Ressalte-se, ainda, como uma das diretrizes mais importantes do sistema, a exigência de participação da comunidade, em conformidade com os pressupostos do Estado Democrático de Direito.

A concretização das políticas públicas de saúde deve sempre obedecer aos parâmetros constitucionais. Tratando-se do Estado Social, a redução das desigualdades deve ser uma busca constante. Para tanto, é fundamental partir da realização de estudos multidisciplinares para diagnosticar as populações e regiões que apresentam maiores dificuldades de acesso às prestações de saúde, para que as políticas públicas correlatas possam contemplá-las de maneira prioritária. Afinal, uma das funções essenciais dos direitos fundamentais em um regime democrático reside justamente no estabelecimento de alguns limites ao poder da maioria, no intuito de preservar os direitos das minorias.¹³

Definidos os alvos prioritários da política (sempre obedecendo aos parâmetros constitucionais), devem-se estabelecer as metas (resultados concretos a serem atingidos ao longo do tempo) e os meios à disposição para se atingir os objetivos. No caso da saúde, a Emenda Constitucional nº 29 introduziu um importante mecanismo, que consiste na vinculação

¹³ Note-se que o conceito de minoria, aqui, não está ligado necessariamente à representação numérica de um grupo dentro da sociedade, mas ao seu grau de inclusão e à situação de vulnerabilidade em que se encontra.

constitucional de receitas de parte dos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde (cf. art. 198, §§ 1º a 3º da CF/88), recurso também utilizado para a garantia da efetivação do direito à educação, nos termos do artigo 212 da CF/88. Tal instrumento representa mais um reforço na proteção do direito à saúde, na medida em que limita a discricionariedade do administrador público na utilização dos recursos públicos destinados à garantia desse direito.

Após a elaboração da política pública, há a etapa de implementação, que deve cumprir as diretrizes definidas na etapa anterior. Devem ser previstos, ainda, mecanismos de fiscalização e controle. O monitoramento das políticas públicas deve ser feito pelos Paramentos, pelo Ministério Público, pelos Conselhos Gestores de Políticas Públicas, pelo Judiciário e pela sociedade civil organizada. Outra etapa fundamental é a avaliação das políticas, para que se constate se os objetivos estão sendo alcançados, se os meios são adequados e se há algo a ser modificado. A avaliação oferece subsídios inclusive para a fiscalização da política pelos agentes citados.

Ocorre que as políticas públicas constituem uma categoria nova para os profissionais do Direito. Não existe sequer consenso acerca da existência ou não de um conceito jurídico de políticas públicas, tampouco a respeito dos elementos e das etapas essenciais desse instituto. As dúvidas e incertezas em torno do conceito vão se refletir na dificuldade em se utilizar dos mecanismos existentes para obrigar os Poderes Públicos a implementar as políticas públicas constitucionalmente delineadas, monitorar as etapas de sua concretização e fiscalizar as eventuais omissões ou insuficiências, especialmente por parte do Judiciário.

Diante de todas essas dificuldades, será possível afirmar que as políticas públicas delineadas na Constituição Federal, de cuja realização depende a eficácia de muitos direitos fundamentais e dos direitos sociais em particular, vinculam os Poderes Públicos e geram direitos públicos subjetivos aos particulares?

1.6 Da vinculação dos Poderes Públicos às políticas públicas

Começemos pela análise da vinculação do Poder Executivo às políticas públicas. Esse poder é eleito para definir e colocar em prática políticas públicas à luz dos parâmetros e prioridades constitucionalmente estabelecidos. É ele que tem a função constitucional de realizar o planejamento, tal como previsto no artigo 174 da CF/88.

O planejamento se constitui no instrumento necessário para garantir a atuação racional do Estado. Envolve a fixação das metas e diretrizes a ser perseguidas; a escolha dos meios para a realização das metas definidas; e a alocação de recursos necessários, em virtude das prioridades constitucionalmente estabelecidas. O Executivo tem a função de elaborar os projetos de leis orçamentárias, os quais, por sua vez, constituem o instrumento de efetivação do planejamento.

Tomemos o exemplo da Política Nacional de Medicamentos.¹⁴ Cabe ao gestor federal a sua formulação, que envolve a elaboração da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos).¹⁵ Tal política foi estabelecida pela Portaria nº 3916/98 do Ministério da Saúde, podendo

¹⁴ “Para a OMS, a formulação de uma política de medicamentos implica a definição de um conjunto de diretrizes, com a finalidade de assegurar para toda a população uma provisão adequada de medicamentos seguros, eficazes, de boa qualidade e que sejam objeto de um uso racional. Tal política deve incluir, entre outros elementos, a produção, distribuição, legislação, registro, prescrição, dispensação, qualidade e propaganda comercial de medicamentos (OMS, 1988)” (cf. DALLARI, 2010, p. 65).

¹⁵ “Para configurar a oferta de medicamentos ajustada às necessidades do país, o Brasil adotou a Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME). Trata-se de identificar, com base na situação epidemiológica, os maiores problemas de saúde e os medicamentos básicos indispensáveis para seu tratamento. Tais medicamentos devem estar continuamente disponíveis para a população que deles necessita. Para garantir que a oferta seja composta por medicamentos eficazes, seguros e com qualidade, o governo brasileiro deve exigir o cumprimento da regulação sanitária e reestruturar a Rede Brasileira de Laboratórios Analítico-Certificadores em Saúde (REBLAS), para a verificação da conformidade do medicamento aos padrões registrados. Para promover a capacidade de fabricação local de medicamentos, o Brasil deve estabelecer um incentivo para a capacitação e o desenvolvimento tecnológico nacional (especialmente aqueles constantes da RENAME) e incentivar a pesquisa visando ao aproveitamento do potencial terapêutico da flora e fauna nacionais, além de estimular a produção dos laboratórios oficiais, cuja produção se destina ao SUS” (DALLARI, 2010, p. 66).

ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos.¹⁶

Ocorre que determinados grupos organizados na sociedade conseguem, por mecanismos de pressão variados, “emplacar” com maior facilidade as suas reivindicações, como incluir na RENAME determinados remédios necessários para o seu tratamento ou prevenção. Por outro lado, há determinadas doenças que são constantemente negligenciadas, pois, geralmente, atingem grupos com menor poder de pressão. São as chamadas “doenças de pobre” – hanseníase, lepra, leishmaniose, doença de Chagas –, que, do ponto de vista epidemiológico, atingem de maneira cruel a população brasileira.¹⁷

E quanto à vinculação do Poder Legislativo? Ele tem o dever de criar as leis que cristalizam as principais diretrizes e os objetivos das políticas, além dos órgãos responsáveis pela propositura, execução, fiscalização e avaliação da política (no caso da saúde, conferências, conselhos, autarquias). Deve, também, adotar medidas legislativas para garantir a integração e regulamentação dos direitos sociais previstos de forma genérica e abstrata na Constituição, em tempo razoavelmente útil à sua concretização, sem redução de sua força normativa e sem emanar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com os parâmetros constitucionais vigentes. Deve, ainda, aprovar os projetos de leis orçamentárias feitos pelo Executivo, verificando se efetivamente priorizam a implementação dos direitos sociais de modo racional e planejado.

Nesse ponto, a atuação do Legislativo para promover a concretização do direito à saúde não tem sido tímida. Além do texto

¹⁶ “[...] a formulação da Política Nacional de Medicamentos forjou o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos, cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos” (BARROSO, s. d., p. 17, nota 31).

¹⁷ No caso da determinação das políticas públicas de saúde (assim como outras políticas sociais), o Poder Público deve levar em conta a situação de maior ou menor vulnerabilidade de determinados grupos, tais como as populações mais pobres ou que vivem em regiões mais carentes, as mulheres, os índios, os negros etc.

original da CF/88, foram elaboradas duas Emendas Constitucionais importantes que tratam do direito à saúde: a Emenda 29 (para garantir o financiamento, como acima mencionado) e a 51 (para criar mecanismos especiais de contratação de agentes de saúde). Podemos citar, ainda, como exemplo de atividade do Legislativo tendente à realização do direito à saúde, a edição da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90) e da Lei nº 8142/90, que instituiu os conselhos e conferências nacionais, estaduais e municipais de saúde. A partir da criação desses organismos, houve uma expansão da participação da comunidade na formulação, gestão e execução das ações e serviços públicos de saúde.¹⁸ Deve-se mencionar, também, a Portaria nº 2203/96, editada por um órgão do Executivo, o Ministério da Saúde, com o objetivo de instituir a Norma Operacional Básica do SUS (NOB/SUS)¹⁹; sem falar na criação, através da Lei nº 9782/99, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)²⁰, através da Lei nº 9961/00.

O Judiciário, por sua vez, também participa do processo de concretização das políticas públicas, podendo ser chamado para

¹⁸ As conferências de saúde, à luz do § 1º do art. 1º da Lei 8142/90, são órgãos colegiados, com representação de vários segmentos sociais, e têm a atribuição de avaliar, periodicamente (a cada quatro anos) a situação de saúde em cada esfera de governo e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes. Já os conselhos de saúde, conforme disposto no § 2º do mesmo dispositivo legal, constituem um órgão colegiado, de caráter permanente e deliberativo, com representação do governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários. Devem atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde. São obrigatórios para todos os entes federados. À luz do artigo 4º da Lei citada, os estados e municípios somente receberão os recursos federais e estaduais destinados ao SUS se tiverem criado conselhos de saúde. As conferências de saúde representam um grande exemplo de exercício da democracia no país e os conselhos “possuem a importante função de fiscalizar o Sistema Único de Saúde para que as deliberações tomadas pelas conferências de saúde sejam efetivamente concretizadas pelas autoridades responsáveis pela formulação e pela execução das ações e serviços públicos de saúde” (cf. BRASIL. Ministério da Saúde, 2006, p. 66-7).

¹⁹ “As NOBs são, acima de tudo, produto da necessidade de cooperação entre entes gestores, de modo a viabilizar a descentralização do sistema” (BARROSO, s. d., p. 16, nota 29). “Essa profusão normativa focada na proteção do direito à saúde fez surgir um novo ramo jurídico no Brasil, denominado Direito Sanitário” (BRASIL. Ministério da Saúde, 2006, p. 52).

²⁰ A ANS tem por objetivo garantir a defesa do interesse público na assistência suplementar (prestada pela iniciativa privada) à saúde.

examinar a compatibilidade da política em execução em relação aos parâmetros constitucionalmente estabelecidos.

Há, contudo, como acima mencionado, inúmeros argumentos contrários ao reconhecimento da aplicabilidade imediata do direito à saúde; também há muitas restrições no que se refere à aceitação da exigibilidade judicial de um direito que envolve prestações de natureza positiva e, portanto, disponibilidade de recursos públicos. Na mesma linha, há os que defendem que apenas o legislador democraticamente eleito possui competência para decidir sobre a alocação desses recursos (princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, ligado ao princípio democrático e da separação de poderes).

Embora a matéria seja extremamente polêmica, acreditamos, conforme acima mencionado, quando tratamos da eficácia do direito à saúde, que, se o controle judicial de uma política pública estiver amparado por uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática, ele estaria plenamente embasado, afastando-se o argumento da violação ao princípio democrático e da separação de poderes. Não estamos defendendo a substituição da escolha dos programas políticos para dar concretude aos direitos sociais previstos abstratamente na Constituição do Executivo pelo Judiciário, mas defendemos a necessidade de um mecanismo de controle da inércia estatal no cumprimento de políticas públicas, figura central no Estado Social de Direito. Claro que é preciso demarcar os limites dessa intervenção e aqui vamos nos valer do conceito de direito público subjetivo para traçar esse contorno e embasar nosso posicionamento.

Veremos que a possibilidade de interposição de uma ação judicial não constitui o fundamento do direito público subjetivo, mas um canal para a sua exigibilidade, funcionando como um instrumento para garantir a participação popular quando ocorrem omissões ou insuficiências por parte dos Poderes Públicos na concretização das escolhas a respeito das políticas públicas de saúde.

Acreditamos que existe um direito público subjetivo a políticas públicas de saúde e, na sua ausência ou insuficiência, a prestações e

serviços necessários para garantir um mínimo existencial em matéria de saúde, conforme procuraremos demonstrar em seguida.

2 A saúde é um direito público subjetivo?

Procuramos, anteriormente, traçar os principais delineamentos do regime jurídico aplicável à saúde como um direito fundamental de caráter social. Será que é possível afirmar que existe um direito público subjetivo a prestações de saúde, exigível em juízo quando da ausência ou insuficiência dos serviços ofertados pelo Estado para a sua garantia?

Há muita polêmica em torno da delimitação do conceito de direito público subjetivo.²¹ O jurista alemão Georg Jellinek, cuja obra, publicada em 1892, é um marco para a temática, definiu essa figura jurídica como sendo “o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse” (JELLINEK, 1910, p. 10). Trata-se de uma capacidade reconhecida ao indivíduo, em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas de interesse individual. Em outras palavras, o direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é poder acionar as normas jurídicas (direito objetivo), transformando-as em *seu* direito (direito subjetivo).²²

²¹ O conceito de direito público subjetivo e sua previsão para a proteção dos direitos sociais à luz do modelo de Estado adotado pela CF/88 foi por nós abordado de maneira aprofundada na obra *O Direito Público Subjetivo ao Ensino Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988*. 2003. 328 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Reproduzimos, aqui, parte dessa discussão.

²² “A dicotomia [entre direito objetivo e subjetivo] pretende realçar que o direito é um fenômeno objetivo, que não pertence a ninguém socialmente, que é um dado cultural, composto de normas, instituições, mas que, de outro lado, é também um fenômeno subjetivo, no sentido de que faz dos sujeitos titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações. Assim, quando falamos no direito das sucessões, significamos algo objetivo; quando mencionamos o direito à sucessão de um herdeiro, mencionamos que algo lhe pertence. Para clarificar, lembramos que o inglês tem duas palavras diferentes para enunciar os dois termos: *law* (direito objetivo) e *right* (direito subjetivo)” (FERRAZ JR., 1994, p. 146).

O interessante é notar que o direito público subjetivo se configura como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve.

Na realidade, a grande inovação dessa figura, quando de seu surgimento na Alemanha, no final do século XIX, foi o reconhecimento de um poder de exigência (pretensão) do particular em face dos Poderes Públicos, tendo como objeto a prestação devida.²³ Como pressuposto para a aceitação desse poder conferido ao indivíduo está a ideia de que, entre o Estado e seus membros, existe uma relação jurídica e, conseqüentemente, os conflitos dela resultantes podem ser resolvidos judicialmente (ESTRADA, 1997), ao contrário, por exemplo, do que se passava no Estado Absolutista, em que os súditos eram vistos apenas como sujeitos de deveres e obrigações. Ocorre que a juridicização das relações instauradas com o Estado implica, necessariamente, a limitação de seu poder.

Há diferentes formas de limitar o poder do Estado por meio do exercício de um direito subjetivo. É possível barrar intervenções indevidas na esfera da liberdade de seus titulares, exigindo-se, por meio dessa figura jurídica, uma omissão (conduta negativa) dos Poderes Públicos (não agir de forma arbitrária, não desrespeitar os parâmetros legais previamente estabelecidos). Mas a busca por um patamar mínimo de igualdade, não apenas jurídica como também material e efetiva – grande bandeira dos direitos sociais –, exige, fundamentalmente, condutas positivas do Estado, pois o que se pretende é criar, por parte dos Poderes Públicos, condições concretas de vida digna através da oferta de prestações materiais.

Assim, no contexto das Constituições do Estado Social, que incorporam em seu catálogo um extenso rol de direitos sociais, o grande

²³ O reconhecimento de autênticos direitos subjetivos implica apenas a pertinência de um bem da vida a alguém. Já a pretensão, caracteriza-se pelo poder conferido ao titular de exigir um comportamento positivo ou omissivo por parte do sujeito passivo.

desafio é limitar a inércia estatal no que se refere ao cumprimento do dever de realizar prestações positivas. Ou seja, o que importa é fazer o Estado agir. Mas quem tem legitimidade para tanto? E que ações é possível cobrar do Estado?

A figura do direito público subjetivo, quando utilizada para proteger um bem que é, ao mesmo tempo, individual e social, deve se prestar à exigibilidade do caráter individual e coletivo de tais direitos, ou seja, à exigibilidade de prestações individuais de saúde e também de políticas públicas. Isso significa que a plena satisfação dos direitos à saúde extrapola o nível da satisfação individual do direito (a determinação judicial da concessão de um remédio a um paciente portador do vírus do HIV, por exemplo), pois abrange também a exigibilidade de políticas públicas.

Deve-se frisar que o reconhecimento de um direito social como um direito público subjetivo permite aos seus titulares fazer funcionar a máquina estatal para a proteção de interesses individuais quando eles coincidirem com o interesse público. Essa característica não se choca com o bem comum; ao contrário, faz parte dele. Isso porque tanto a oferta de prestações materiais concretas como a implantação de um sistema público adequado de saúde interessam não apenas aos beneficiários diretos do serviço, mas à coletividade como um todo.

Na realidade, constitui um dos fundamentos do Estado Social de Direito a possibilidade de participação de *todos* nos bens da coletividade e uma melhor distribuição desses bens. Se essa participação for negada, pois o Poder Público não organiza sistemas adequados para atender às demandas mais elementares, deve-se buscar proteção jurídica para corrigir essa situação indesejada. A omissão (ou desvio) do Estado nesse campo deve, pois, ser passível de controle.

Vale ressaltar que o direito público subjetivo do particular surge quando o legislador ou administrador não cumpre o seu dever de realização do Estado Social. Nesse caso, configura-se uma omissão arbitrária que pode atingir toda a comunidade ou determinados indivíduos em particular.

Mas, afinal, qual é o fundamento do direito público subjetivo? O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha reconheceu o direito subjetivo a um mínimo existencial, independentemente da previsão expressa dessa figura jurídica no ordenamento jurídico daquele país (ALEXY, 1997, p. 422-423).²⁴

Apesar de não ser óbvia, acreditamos que a derivação de um direito subjetivo a um mínimo existencial no Estado Social, partindo-se de uma Constituição que não o formula expressamente, advém da necessidade de controlar as omissões e os desvios dos Poderes Públicos em face da necessidade de elaboração e implementação de políticas públicas que garantam condições de vida digna.

Assim, se, pela falta de uma política pública, o indivíduo deixa de ter vaga em um leito de hospital e está acometido por uma doença grave, necessitando de uma prestação individual concreta e urgente, seria possível negá-lo? Nesse caso, trata-se de uma lesão ou ameaça de lesão ao direito, que não pode ser excluída da apreciação do Judiciário. E tal decorre dos princípios que informam o Estado Social.

24 Ingo Sarlet (1998, p. 293), ao comentar o reconhecimento definitivo do status constitucional da garantia estatal de condições mínimas para uma existência digna pela Corte Constitucional Alemã, enfatiza que a doutrina daquele país entende que tal garantia integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações. Para ele, "principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça" (SARLET, 1998, p. 299). Sarlet enfatiza a derivação de direitos subjetivos a prestações, independentemente ou para além da concretização do legislador, especialmente nos seguintes casos: salário mínimo, assistência e previdência social, além da saúde, já mencionada. No caso da educação, afirma que negar o acesso ao ensino fundamental, se não chega a comprometer a existência do indivíduo, compromete sua existência digna, sua autonomia e liberdade, no sentido de o indivíduo ser capaz de conduzir sua existência. De nossa parte, tal como Alexy, acreditamos que a omissão do Legislativo e do Executivo em oferecer condições materiais para a efetiva fruição de direitos fundamentais, impedindo um padrão mínimo de existência digna, enseja o direito originário às condições existenciais mínimas em diferentes esferas, tais como o direito à formação escolar, a uma moradia (ainda que simples) e a um padrão mínimo de atendimento na área de saúde, por exemplo. Para um aprofundamento dessa discussão, ver Alexy (1997, p. 421 e ss.) e Sarlet (1998, p. 279 e ss).

O efeito dessa constatação implica o reconhecimento da prioridade absoluta dos direitos sociais em relação a outros gastos, como a liberação de verbas para publicidade e até mesmo para pagamentos de juros da dívida pública, em montantes que comprometam a realização daqueles direitos. Se não houver a previsão de verbas para satisfazer o mínimo relativo aos direitos previstos no artigo 6º e no capítulo da ordem social, não poderá haver liberação de recursos para novas despesas que não receberam o mesmo tratamento constitucional.

Conclusão

Apesar de termos avançado no plano do reconhecimento do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, ainda há muita polêmica quanto à determinação da amplitude desse direito. Até onde vai o dever do Estado em oferecer prestações e serviços de saúde? O número expressivo de ações judiciais na área de saúde parece apontar sérias insatisfações com a forma como o Executivo está funcionando em matéria de implementação de políticas públicas de saúde.

O regime jurídico geral aplicável aos direitos sociais no Estado Social e Democrático de Direito impõe, por si só, uma nova atitude do Estado, notadamente, a promoção de condições concretas para a fruição de tais direitos, sempre tendo em vista a realização do princípio da igualdade material e a proteção efetiva da dignidade humana, que constituem seus verdadeiros fundamentos.

Procuramos defender a visão de que o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, precisa ser definitivamente reconhecido como um verdadeiro direito capaz de vincular a atuação dos Poderes Públicos, especialmente quando da sua violação resultarem sérios danos à dignidade humana, seja na dimensão individual ou coletiva.

O reconhecimento da proteção individual não pode ser negado aos direitos sociais em geral. Ocorre que, nesse campo, a pretensão coletiva deve ser prioritária, pois o direito somente se realiza de maneira integral por meio da concretização de políticas públicas, o que envolve

interesses que transcendem a esfera do indivíduo singularmente considerado.

Se o Executivo, mesmo tendo implementado uma política pública para garantir prestações de saúde, deixar, por falta de boa execução administrativa, pessoas privadas de serviços básicos que garantam o mínimo necessário a uma existência digna, estará sujeito a uma interpelação judicial por via do exercício de uma pretensão individual. Tal pretensão é fruto do simples fato de a saúde ser um direito social, independentemente de configurar um direito público subjetivo.

Isso demonstra que, se a pretensão pública for ineficiente para produzir resultados específicos, ferindo o mínimo existencial, o particular poderá lançar mão de uma pretensão individual e exigir a satisfação do direito para seu caso concreto.

Ocorre que o direito à saúde é, ao mesmo tempo, um direito social e subjetivo. Como decorrência desse duplo regime, seus titulares podem: determinar aos poderes competentes a realização das políticas públicas que constituem o seu objeto, sempre de acordo com os parâmetros constitucionais vigentes; exigir judicialmente prestações de natureza individual, pelo menos ao mínimo existencial; como decorrência da afirmação anterior, se um paciente estiver acometido de uma doença grave e o medicamento de que necessita não estiver previsto na RENAME, cabe ao Judiciário determinar que o Poder Público o forneça.

O que propusemos aqui foi uma compreensão atualizada do alcance do instituto do direito público subjetivo, levando em conta a evolução do conceito, notadamente no que se refere à ampliação de sua titularidade (para abranger os indivíduos, os grupos sociais ou mesmo a coletividade) e de seu objeto (para abranger as prestações individuais e as políticas públicas). Em outras palavras, propusemos uma interpretação constitucionalmente adequada dessa figura jurídica à luz dos princípios e do modelo de Estado adotados em nossa Constituição.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luis Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. Separata de: **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 49, p. 57-77, 2006.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde**. Brasília, DF, 2006, 132 p. (Série E. Legislação de Saúde). Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/bvs>>. Acesso em: 3 ago. 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 487-513.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20,

n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100005&Ing=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 ago. 2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, fev. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 ago. 2012.

DUARTE, Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988**. 2003. 328 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTRADA, Alexei Julio. **La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**. Milano: [s.n.], 1910.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário, ou a virtude confronta a instituição. **Revista USP**, São Paulo, v. 21, p. 22-33, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 1º ago. 2012.

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

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZANETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-551.

Recebido em: 29/08/2012

Aprovado em: 03/11/2012