

# 10<sup>o</sup>

# FEPEG FÓRUM

ENSINO • PESQUISA  
EXTENSÃO • GESTÃO

RESPONSABILIDADE SOCIAL: INDISSOCIABILIDADE  
ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA



ISSN 1806-549 X

Autor(es): WASHINGTON NAVARRO DE SOUZA JÚNIOR, CAROLINE ORNELES OLIVEIRA, IONETE DE MAGALHÃES SOUZA

## A Efetividade e Exigibilidade Judicial do Direito Fundamental à Saúde no Estado Democrático de Direito

### Introdução

Em relação à efetividade e exigibilidade judicial do direito fundamental à saúde no Estado Democrático de Direito há, atualmente, divergências doutrinárias e jurisprudenciais, em especial, pelo aparente conflito entre o princípio da separação dos Poderes (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988, art. 2º) e a necessária aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de segunda dimensão (art. 5º, §3º), que se baseiam no princípio fundamental da dignidade humana (art. 1º, III).

Desse modo, este trabalho expõe resultados parciais de pesquisa que visa analisar tais teses doutrinárias. Salienta-se a relevância científica deste estudo em desenvolvimento, que se propõe a abordar um tema que é objeto de discussões dos cientistas do direito, o que reflete na jurisprudência pátria, que se depara com complexas situações práticas, nas quais a ausência de prestações materiais da Administração Pública e as omissões legislativas conflitam com as disposições da CRFB/1988, sobretudo em relação à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Por outro lado, o Judiciário, devidamente provocado, vê-se diante das vedações impostas pelo princípio da separação dos poderes (art. 2º), norma elevada à categoria de cláusula pétreia, conforme determina o art. 60, §4º, III.

### Material e métodos

O presente estudo insere-se na metodologia qualitativa, esta se caracteriza pelo entendimento detalhado de situações e significados, buscando o lado subjetivo do fenômeno e valorizando as palavras, as quais se transformarão em dados relevantes sobre o tema a ser analisado, quando se deseja avaliar a uma complexa realidade, possibilitando, assim, que o investigador confirme ou despreze hipóteses antes formuladas (MINAYO; DESLANDES; GOMES, 2007).

Trata-se, também, de um estudo transversal, descritivo e do tipo revisão de literatura, porquanto se realiza através da pesquisa de artigos científicos na área do direito e afins, publicados nos últimos dez anos, que se refiram ao objeto abordado, utilizando, como principais descritores, “dignidade da pessoa humana”, “direito fundamental à saúde”, “efetividade dos direitos sociais”, “normas de decisão”, “separação dos Poderes” e, como base teórica, livros e doutrinas que tratem dos assuntos concernentes a este estudo.

### Resultados e discussão

A dignidade humana foi consagrada no sistema normativo brasileiro como um dos fundamentos republicanos expressos pela CRFB/1988, no art. 1º, III, tal princípio é “a regra matriz dos direitos fundamentais, [...] pode ser bem definido como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos” (LENZA, 2011, p. 1153).

Os direitos fundamentais, vinculados ao retromencionado princípio fundamental, são agrupados, segundo classificação doutrinária majoritária, em três dimensões amplamente aceitas. “[...] O lema revolucionário do século XVIII [...] exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade” (BONAVIDES, 2012, p. 580).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgem num contexto de inconformismo com a postura negativista do Estado-Administrador, característica do *État Gendarme*, alinhada com o pensamento liberal – até então preponderante – que não atendia às aspirações das maiorias proletárias, as quais, no contexto do elevado crescimento demográfico e industrialização que se processavam na Europa Ocidental, demandavam prestações estatais positivas que se dirigissem à solução de problemas sociais (MENDES; BRANCO, 2012).

Assim, no início do século XX, após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), são positivados os direitos sociais,

# 10<sup>o</sup>

# FEPEG FÓRUM

ENSINO • PESQUISA  
EXTENSÃO • GESTÃO

RESPONSABILIDADE SOCIAL: INDISSOCIABILIDADE  
ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA



ISSN 1806-549 X

culturais e econômicos, além dos coletivos, baseados no bem jurídico da “igualdade”, de natureza essencialmente material, liberta do teor meramente formalista, visando à produção de efeitos materiais (SARLET, 2012).

Nesse ponto, cumpre ressaltar que, consoante Lassalle (2007), uma constituição só poderá ser considerada útil e duradoura, quando compatível com a “constituição real” e os chamados “fatores reais de poder”, que regulamentariam as principais estruturas do Estado e da sociedade.

Analisando tal tese e seus reflexos para as ciências jurídicas, em especial no que concerne ao direito constitucional e à teoria geral do estado, Hesse (1991), defende que a constituição não seria uma mera carta política, mas um elemento normativo que mantém sua eficácia mesmo diante de forças fáticas opostas às suas disposições. Desse modo, a realidade influencia na aplicação e construção de determinada ordem constitucional, entretanto aquela também é influenciada e modificada pelo direito. Partindo dessa premissa, não se vislumbra uma supremacia da realidade, nem se defende um império absoluto de uma norma imutável, mas sim uma relação de interdependência e complementariedade.

Nesse sentido, uma constituição vigente e eficaz rege a realidade e esta pode, de fato, alterar aquela, para que se adapte, como uma condição fundamental de sua permanência, diante das alterações socioeconômicas que se dão desde sua promulgação, observando-se, no entanto, os limites finalísticos intrínsecos à essência da norma ou do sistema normativo.

De fato, os direitos sociais, por longo período não produziram os efeitos concretos desejáveis, não só por fatores sociais e vinculados ao mérito administrativo, mas também pela ausência de regulamentação adequada à sua implementação.

Consoante a doutrina de Bonavides (2012), os primeiros diplomas normativos que disciplinaram tais direitos fundamentais não alcançaram efetiva normatividade, por requerem do Estado prestações materiais, que envolviam despesas econômicas e, por isso, tinham sua eficácia comprometida pela ausência de recursos financeiros em face da demanda a ser atendida.

Ademais prossegue o citado autor salientando que tais direitos necessitavam de instrumentalização processual que, não raramente, inexistia. Portanto, por muito tempo, foram inobservados e, na prática, tornaram-se inexecutáveis. Porém, tal dilema aparentemente está perto de ser dirimido pelo preceito formulado por muitas constituições, inclusive a brasileira (CRFB/1988, art. 5º, § 1º), que inovou no sistema jurídico nacional com a garantia da imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais – entre eles o direito social à saúde.

Desse modo, a regulamentação em âmbito constitucional dos direitos sociais, mesmo quando a realidade não se mostra favorável à sua plena implementação, provoca alterações no plano dos fatos, viabiliza demandas no sentido de efetivá-los, evita que ingresse no ordenamento normas de hierarquia inferior contrárias às suas disposições e lança parâmetros hermenêuticos pois, à vista do princípio da força normativa, conforme Lenza (2011, p. 149), “os aplicadores da Constituição, ao solucionar conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas constitucionais”.

Conseqüentemente, as omissões legislativas e a ausência de prestações materiais pela Administração fazem com que o cidadão, buscando por soluções, demande o Poder Judiciário, gerando um quadro problemático, no qual a jurisdição se vê diante da iminente necessidade de atender as causas que lhe são propostas, sobretudo quando versam sobre interesses relevantes (destaque-se: com a potencial produção de danos irreversíveis pela ausência de atuação do Estado), e a determinação constitucional da separação dos Poderes, norma liberal clássica que objetiva, precipuamente, manter uma harmônica democracia, protegendo aos direitos vinculados ao bem jurídico da liberdade.

Assim não se ignora a necessidade de que a aplicação de tais direitos esteja atenta às necessidades e, sobretudo, possibilidades da Administração e da sociedade, contudo a chamada reserva do possível não pode privar o direito de completa aplicabilidade, primeiramente pela soberania popular que também se expressa na atividade legislativa e, em segundo lugar, pelo fato da CRFB/1988 ter constituído um Estado Democrático de Direito, que não se escusa de observar e cumprir fielmente os ditames legais e, precipuamente, constitucionais.

Neste ponto, ganha destaque a atividade hermenêutica dos magistrados que, diante dos casos concretos, elaboram as chamadas normas de decisão, capazes de efetivar direitos e impor o cumprimento de obrigações (GRAU, 2007). Assim, a atividade do magistrado deve levar em conta, sobretudo, a necessidade de proteção da dignidade humana, zelando para que a inércia dos demais poderes não gere lesões irreparáveis a tal princípio, no qual se baseiam o sistema de direitos fundamentais, entre os quais, o direito à vida e à saúde.

## Considerações finais

Inicialmente, cumpre salientar que a análise do tema proposto é de relevância acadêmica e social, uma vez de que se

# 10<sup>o</sup>

# FEPEG FÓRUM

ENSINO • PESQUISA  
EXTENSÃO • GESTÃO

RESPONSABILIDADE SOCIAL: INDISSOCIABILIDADE  
ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA



ISSN 1806-549 X

trata de uma questão jurídica não pacificada e que se dirige, em última análise, à efetividade dos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde.

De acordo com a fórmula do antigo brocardo latino – *ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi jus* – onde estiver o homem em sociedade, com suas questões e demandas, estará o direito. Dessa maneira, faz-se necessário estudar o objeto sob análise, porquanto o referido direito é vetor de preservação da dignidade humana e, conseqüentemente, de promoção de outros direitos fundamentais e bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

Pelo o exposto e tendo em vista o papel do Judiciário na efetivação dos direitos sociais, salienta-se que cabe ao juiz exercer a jurisdição com deferência democrática e observância aos preceitos próprios do Estado de Direito, devendo ser sensível, também, à reserva do possível que se impõe à atuação do Estado-Administrador.

## Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2015, às 9h50.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 4 ed. São Paulo (SP): Malheiros Editores, 2006.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 7. ed. Rio de Janeiro (RJ): Lumen Juris, 2007.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.); DESLANDES, Suely Ferreira; GOMES, Romeu. Pesquisa social: teoria, método e criatividade. 25. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.