

2

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

2.1

Situando os direitos sociais dentro do quadro de evolução da concepção de estado: da vertente liberal à social e democrática de direito.

Inicia-se esta incursão com o intuito de fazer um paralelo entre o que se convencionou classificar como dimensão ou geração de direitos e a evolução dos tipos de Estado, a partir do quadro histórico do Século XVII, considerando-se como marco inicial para a ruptura do sistema então vigente, a Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos da América, as quais instauraram um novo modelo de Estado a partir de então, o denominado Estado Liberal.

Na sequência, será focalizado o Estado Social e, finalmente, o Estado Social e Democrático de direito, convindo mencionar que a noção de Estado Liberal possibilitou a alteração para o conceito de Estado Constitucional¹.

Cumprir acentuar a formulação teórica inicial do Estado Liberal, que nasce limitado pelos direitos naturais fundamentais – vida e propriedade -, os quais são conservados pelos indivíduos quando da criação do Estado, bem como que, no jusnaturalismo de índole contratualista, a regra primária consistia na necessidade de basear as relações sociais e políticas num instrumento de racionalização, ou seja, no Direito, ou de ver no pacto a condição formal da existência jurídica do Estado. Aliadas a isto, a liberdade e a tolerância religiosas também constituíam os pressupostos sobre os quais se assentavam seus fundamentos.

Relata Rodrigo Brandão que da leitura das Declarações de Direitos decorrentes da Revolução Gloriosa, ocorrida na Inglaterra em 1689, Declaração

¹ “O centro de gravidade desse Estado Constitucional, sob a figura de Estado Liberal, fora positivamente a lei, o código, a segurança jurídica, a autonomia da vontade, a organização jurídica dos ramos da soberania, a separação de Poderes, a harmonia e equilíbrio funcional do Legislativo e Judiciário, a distribuição de competências, a fixação de limites à autoridade governante; mas fora por igual, abstratamente, o dogma constitucional, a declaração de direitos, a promessa programática, a conjugação do verbo “emancipar” sempre no futuro, o tema *liberdade, igualdade e fraternidade* - enfim, aqueles valores superiores do bem comum e da coisa pública, a *res publica*, que imperariam de balde durante a vigência das primeiras Cartas Constitucionais a sua concretização, invariavelmente negligenciada ou procrastinada em se tratando de favorecer e proteger as camadas mais humildes da sociedade.” BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 22.

dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa² (1789) e da Declaração de Direitos da Virgínia e das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos, editadas entre 1787 e 1791, verifica-se adoção dessa perspectiva jusnaturalista³.

Isto porque, quanto ao conteúdo, há uma uniformidade na incorporação de alguns valores, tais como vida, liberdade, integridade física, igualdade e propriedade, os quais constituem as garantias consagradas a partir desses marcos históricos, geralmente denominados como *direitos de primeira geração*⁴ ou direitos de defesa, os quais possibilitam aos indivíduos exercer sua defesa perante eventuais intromissões indevidas do Estado em sua esfera privada, ou seja, decorrem do cumprimento pelo Estado do chamado dever de abstenção.

Apesar de, nos termos aduzidos pelo autor acima citado, as ideias nucleares à noção de direitos individuais, principalmente a igualdade e a dignidade tenham origem remota, desde as filosofias estoicas e cristãs, somente é possível remontar ao discurso sobre os direitos humanos em sua acepção moderna, com as revoluções burguesas, conforme acima destacado.

A partir dessa época, iniciou-se, portanto, a configurar a noção de indivíduo independente de sua posição social, passando a preponderar a igualdade de direitos naturais oponíveis contra o Estado. Além do mais, considera-se que a

² Peter Häberle afirma que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, representa um marco na história mundial, pois há uma unanimidade acerca da projeção universal dos valores que foram consagrados pela Revolução Francesa, razão pela qual, segundo ele, a declaração acima mencionada pode ser chamada de “Evangelho político”, visto que seu artigo 1º preceitua que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, passando tais preceitos a constituir-se, segundo o vocabulário desse autor, em dogma do estado constitucional e ainda, que os temas usuais relativos a 1789 constituem uma proclamação dos direitos do homem e do cidadão como programa de vocação cívica universal, autonomia e emancipação da pessoa humana, com a suspensão da ordem feudal-estamental, erigindo a sociedade de cidadãos e o modelo político moderno, decorrente da formulação de postulados do Iluminismo. HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad e Fraternidad. 1789 como História, Actualidad y Futuro del Estado Constitucional*. Madri: Editorial Trotta, 1998.

³ “[...] em sua gênese, o constitucionalismo liberal encontrava-se vinculado a um jusnaturalismo de matriz subjetivista. Com efeito, John Locke, seu precursor, considerava que tais liberdades fundamentais integravam uma ordem de valores superior ao direito positivo, que consistia em um referencial externo de aferição da legitimidade do exercício do poder político. Como corolário do exposto, tais direitos seriam oponíveis ao Estado independentemente da sua formal posituação, bem assim as normas que com eles conflitassem sequer poderiam receber o qualificativo de jurídicas, porquanto contrárias ao seu fundamento material de validade.” BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais. Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35.

⁴ Embora atualmente a expressão utilizada, devido a considerá-la mais acertada em termos conceituais, tem sido a de dimensão de direitos, pois não ocorre uma sequência histórica estante, mas uma convivência entre as diversas dimensões de direitos, não havendo uma linearidade, conforme destacado por Geraldo Pisarello em *Los Derechos Sociales y sus Garantías. Elementos para una Reconstrucción*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 25.

possibilidade de esses direitos serem conferidos aos cidadãos decorre da razão de sua própria condição humana, por isto o qualificativo, aparentemente tautológico, --- direitos humanos --, pois estes são considerados enquanto indivíduos inseridos em uma comunidade, conforme expõe Ricardo Lobo Torres.

Prossegue expressando que a doutrina do estado liberal, tanto Estado de direito quanto Estado mínimo com relação as suas funções, consiste em admiti-lo um estado limitado, mas, por outro lado, assevera que o Estado Liberal de Direito também conhecido como Estado Burguês, acentuadamente de cunho não-intervencionista, teve seu apogeu no século XX, afirmando que nele se institucionalizou a proteção ao mínimo existencial, mas ainda não havia preocupação com os direitos sociais⁵.

É interessante acentuar que na época do Estado Liberal, a maior parte das prestações atualmente reconhecidas como direitos sociais era executada por instituições não estatais, tais como família ou outras organizações privadas, principalmente igrejas, gerando a caracterização de tais atividades como atos de caridade, principalmente em decorrência do fato de não haver menção a elas como configuradoras de direitos e muito menos a sua qualificação como sociais, razão pela qual lhes faltavam condições para sequer para enquadrá-las nesta categoria.

Entre a segunda metade do século XIX e os anos trinta do século XX, quase todos os Estados cuja origem era liberal, realizaram as principais reformas legais e sociais que constituíram as premissas essenciais para a constituição de um modelo de Estado Social, e posteriormente, houve a incorporação, nas Constituições, de um amplo catálogo de direitos sociais.

O Estado Social de Direito, conhecido como Estado de Bem-Estar Social teve seu apogeu, consoante relembra o Ricardo Lobo Torres, no “breve século XX”: de 1919, data da Constituição de Weimar, a 1989, ano da queda do Muro de Berlim, aproximadamente, acrescentando que a cláusula do Estado Social aparece na Constituição da Alemanha, de 1949, nos artigos 20 e 28, constitucionalizando o princípio do Estado Social⁶.

Os direitos sociais por sua vez, começaram a surgir principalmente depois da crise da economia mundial de 1929, sendo que o estabelecimento da

⁵TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. LOBO SARLET, Inglo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 22.

⁶ Ibid, p. 23.

organização e desenvolvimento do tipo de Estado como protetor, correspondeu às expectativas dos direitos sociais dos cidadãos.

Houve a ampliação da participação política destes e de movimentos populares visando à democratização do Estado na luta para garantir liberdades positivas. Assim, o Estado Social aparece como resposta político-constitucional frente à insegurança social crescente, tendo em vista o jogo de forças sociais e incertezas do mercado e as crises cíclicas pelas quais passava a economia⁷.

Até essa época eles não eram reconhecidos juridicamente, mas apenas vistos como princípios políticos, verificando-se que a dificuldade de compreensão do significado do direito social contribuiu para sua codificação tardia e insuficiência de sua previsão nas constituições escritas, fato ocorrido de forma mais consistente somente na segunda metade do século XX, com o precedente histórico da Constituição mexicana de 1917⁸.

Toda a formulação doutrinária a respeito dos direitos sociais está fundamentada em duas vertentes conceituais, as quais causam reflexos quanto ao aspecto da exigibilidade.

A primeira, no sentido de que não são direitos fundamentais propriamente ditos, mas diretivas, programas, constituindo apenas normas programáticas. Por esta razão, a diferença entre os direitos de liberdade clássicos (direitos constitucionais e fundamentais em sentido próprio) e os direitos sociais, consistiria no fato de que estes seriam apenas direitos legais, pois a princípio estavam previstos somente em lei ordinária e não na Constituição⁹.

A segunda vislumbra os direitos sociais somente como normas-princípio, vinculativas apenas para o legislador ordinário, a fim de orientá-lo quanto à interpretação dos valores constitucionais.

⁷ Conforme o esboço histórico da evolução dos direitos sociais efetuado pelo juiz da Corte Constitucional italiana Antonio Baldassare em seu livro *Derechos Sociales*. Tradução: Santiago Perea Latorre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001 (tradução livre).

⁸ Sobre a inserção histórica desses direitos, observa Pedro Rui da Fontoura Porto:

“É dentro desse contexto que são identificados e legalmente reconhecidos os *direitos humanos de segunda dimensão*, que ‘nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula’. São direitos sociais, culturais, econômicos, v.g., os direitos trabalhistas e previdenciários, o direito ao ensino público e gratuito e à saúde pública, ou seja, em nosso caso, poder-se-ia apontar como direitos de segunda geração aqueles apontados nos artigos 6º a 11 da Constituição de 1988.” *Direitos Fundamentais Sociais. Considerações acerca da Legitimidade Política e Processual do Ministério Público e do Sistema de Justiça para a sua Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 58.

⁹ BALDASSARE, Antonio, op. cit., p. 34.

Ambas as teorias negam a tutela imediata desses direitos, havendo, conseqüentemente, também a necessidade de intervenção do legislador para exprimirem pretensões jurídicas, mesmo integrando o texto das Constituições escritas. Com o decorrer do tempo, porém, os direitos sociais foram sendo reconhecidos como elemento essencial no processo de democratização e não mais como uma disputa entre modelo liberal e o modelo social de Estado.

Convém acentuar a premissa de que os direitos fundamentais baseiam-se no ideário liberal, enquanto os direitos sociais, na ideia democrática de igualdade¹⁰, estabelecendo limites e vínculos não só em relação ao Estado, mas também frente ao portador originário das liberdades fundamentais, ou seja, entre direitos liberais e direitos sociais haveria uma tensão aparentemente irresolúvel ou inconciliável, considerando-se os direitos liberais clássicos como liberdade negativa e os direitos sociais como veiculadores do ideal democrático de igualdade.

No Estado Liberal somente era conferida eficácia preceptiva aos direitos sociais; contudo, cumpre acentuar desde logo, que as normas programáticas longe de conter uma eficácia apenas potencial ou diferida, são normas regulatórias de um setor que integra o ordenamento de uma atividade estatal, como exemplo,

¹⁰ “Uma primeira maneira de conceber essa relação entre democracia e igualdade é a que atribui ao procedimento democrático a finalidade de realizar a justiça social. Sob esse prisma, somente se pode caracterizar como democrática a deliberação tendente à justiça social, entendida em termos de um projeto econômica e socialmente igualitário. A legitimidade das decisões estatais não decorre, assim, apenas do respeito às regras do jogo democrático; está também materialmente vinculada aos padrões igualitários da “democracia social”. Esse tipo de teoria da democracia se conecta com a noção de constituição dirigente, cujo conceito, amplamente reconhecido no pensamento constitucional brasileiro, corresponde à compreensão de que cabe às constituições o estabelecimento de um projeto social a ser realizado pelo legislador. O dirigismo constitucional dá ensejo, portanto, à elaboração de um conceito material de legitimidade: em seu cerne encontra-se a idéia de que as constituições devem conter não só normas que determinam limites (constituição garantia) e processos (constituição como processo ou instrumento de governo) para a atividade política, mas também, além dessas, normas definidoras do conteúdo a ser realizado pelo legislador. [...]

No Brasil, assim como na Europa, essas idéias nortearam, durante a segunda metade do século XX, grande parte do pensamento constitucional situado à esquerda do espectro político. Percebe-se, aqui, a influência decisiva das perspectivas reformadoras propugnadas, na Europa do segundo pós-guerra, pelo socialismo democrático e pela social-democracia. Entende-se, por um lado, que a justiça social está vinculada aos aspectos centrais de um modelo igualitário de organização da vida econômica. Por outro lado, entende-se também que tal modelo deve necessariamente ser alcançado através dos mecanismos institucionais do constitucionalismo democrático. Rejeita-se, com isso, tanto a via revolucionária de transformação da sociedade, quanto o arcabouço institucional autoritário que grassou nos países do socialismo real.” *SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. SOUZA NETO, Cláudio Pereira, BERCOVICI, Gilberto, MORAES FILHO, José Filomeno e LIMA, Martonio Mont’Alverne B. Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 12-13.*

saúde e trabalho, entre outros, porquanto a proteção constitucional dos direitos sociais por meio dessa regulação constitui o atendimento a uma expectativa jurídica e social.

Ao contrário dos direitos relativos às liberdades clássicas (liberdade natural ou negativa), os direitos sociais justificam-se teoricamente como uma forma de liberação de determinadas formas de privação de origem social. Sua finalidade é a realização da igualdade, embora alguns autores também afirmem propiciar a liberdade.

A dignidade, dentro dessa nova perspectiva, constitui um valor fundamental democrático, tendo em vista que, anteriormente a essa etapa histórica, o indivíduo era identificado como um ser isolado, soberano e absoluto em seu espaço vital. Porém, a nova configuração do Estado corresponde a uma imagem de homem fundada no ideal de pessoa, considerando-se o sujeito situado em suas relações sociais, em sua intersubjetividade, ou seja, o homem passa a ser visto não só como criador de relações sociais, mas também como resultante destas.

Os termos conceituais sobre a igualdade também foram alterados, passando esta a ser considerada não só como destinada a garantir a distribuição natural dos recursos, nem apenas como supressão da liberdade ou distribuição dos benefícios segundo as necessidades de cada um, mas a ser conjugada com a liberdade positiva e, portanto, deve determinar-se em parte com a igualdade das condições de participação (igual oportunidade), ou seja, configurando a igualdade substancial.

No sistema de princípios baseado na liberdade natural ou negativa do Estado liberal, a regra da distribuição dos benefícios sociais era determinada pelas contingências sociais e relações espontâneas existentes no mercado.

Contudo, no Estado Democrático moderno há uma inversão desta lógica, porquanto a distribuição de benefícios e sacrifícios sociais ocorre pela intermediação dos poderes públicos como uma tarefa primária, visto que a alocação natural de recursos é considerada uma atividade estatal em harmonia com princípios de economia mista do Estado Social, onde correções e intervenções necessárias são realizadas no interesse da consecução da justiça social.

O advento do Estado Democrático, cujo fundamento originário é a lei, ocasiona profunda transformação no significado dos valores fundamentais do sistema político-constitucional, gerando uma nova forma de conciliação entre liberdade e igualdade, entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, configurando a democracia plural.

É conveniente reproduzir a fundamentação de Antonio Baldassare, para quem o conceito de Estado de Direito assenta-se em três princípios: 1- princípio da legalidade (supremacia e reserva legal): garante a liberdade individual e igualmente significa a expressão do princípio da maioria (soberania popular); 2- regra da divisão de poderes e controle e de equilíbrio recíprocos (*checks and balances*) e 3- independência dos juízes: garantia constitucional de direitos contra composição ilegítima pelo poder público¹¹.

Seguindo a linha exposta pelo autor acima mencionado, deve ser enfatizado que estes princípios foram marcantes em uma época de nossa civilização e ainda continuam válidos.

No entanto, ocorreram importantes transformações em seu sentido, sendo uma das principais delas, quanto à preponderância do princípio da legalidade, pois este estabelece o eixo do conceito de Estado de Direito, em virtude de haver o reconhecimento universal da constituição como lei superior de caráter positivo, e a conexa garantia do conteúdo constitucional, ou seja, a Constituição não apenas em sentido formal, mas também materialmente considerada.

A concepção meramente formal da constituição desapareceu paulatinamente com o avanço da democracia e aperfeiçoamento do Estado Democrático, por meio da inserção de diferentes classes sociais e dos valores heterogêneos destas. Por outro lado, igualmente também começou a se modificar a relação econômica, a partir da perspectiva de que o Estado passou a agir como interventor em vários segmentos de atividades econômicas, a fim de diminuir as desigualdades sociais.

O Parlamento também constitui a sede da sociedade plural, comprometido tanto com a maioria quanto com a minoria. Logo, no Estado Social e Democrático de Direito, forma-se uma trama constitucional de tecido plural político e social, num contínuo compromisso de todos sobre tudo. A conjugação da democracia

¹¹ BALDASSARE, Antonio. Ibid, p. 58.

plural com Estado de Direito corre paralela, historicamente, com uma legalidade nova e superior, conectada com os valores fundamentais que constituem a base do sistema constitucional¹².

O conceito renovado de Estado de Direito, sob o impulso da democracia pluralista, define-se por parte da doutrina alemã como Estado Material ou Estado Constitucional.

Para o jurista Peter Häberle, o sistema constitucional está baseado em princípios de democracia pluralista, havendo uma espécie de relativização de valores, pois o procedimento de eleição pelo povo sobre a determinação desses valores e sua codificação, como pacto fundamental, sempre modifica de acordo com certas circunstâncias¹³. Por esta razão, sofre contínua influência da interpretação que lhe é conferida, não apenas por juízes, diante de sua inovadora proposição de uma hermenêutica constitucional consentânea com a atual sociedade pluralista.

Para tanto, formula a instigante proposta de abertura da interpretação constitucional à sociedade. Isto porque considera que o juiz não é o único intérprete, mas que haveria uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição, constituída, porque, conforme descreve Gilmar Ferreira Mendes na abertura da obra sob análise, “cidadãos e grupos de interesses, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional”¹⁴.

Em nosso país, porém, aponta o historiador José Murilo de Carvalho, – ao discorrer sobre como aqui se desenvolveu a cidadania –, houve a inversão da clássica ordem cronológica quanto à evolução dos direitos (configurados em

¹² BALDASSARE, Antonio. Ibid, p. 63-64.

¹³ Em conformidade com sua concepção de constituição como um processo histórico evolutivo e dialético entre a cultura e a própria constituição, também referida as suas idéias de uma “constituição da cultura” e de uma “cultura da constituição”, os quais são elementos de sua concepção da “constituição como ciência da cultura”.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução e Apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002, p. 09.

No Brasil, com a evolução do processo de desenvolvimento do controle de constitucionalidade, houve a edição da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, possibilitando essa abertura da interpretação constitucional, fazendo com que a pluralidade de situações do mundo contemporâneo seja levada em conta, por meio da abertura à comunidade de intérpretes, conforme preconizado por Peter Häberle na mencionada obra.

gerações), descrita por Thomas Marshall¹⁵. Sua descrição não pode ser aplicada integralmente à situação brasileira, porquanto “aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular”¹⁶.

Alguns aspectos relacionados ao contexto brasileiro serão abordados nos capítulos seguintes, inseridos sobre a questão específica da efetividade dos direitos sociais em nosso sistema constitucional, visando ao direito à saúde em espécie.

2.2

Considerações sobre os direitos fundamentais.

Antes de discorrer sobre o conceito e definição dos direitos fundamentais sociais, cumpre efetuar um aporte teórico, com o intuito de situá-los no enfoque a ser desenvolvido no tocante ao direito à saúde, isto é, de inseri-los em duas vertentes, a dos direitos fundamentais propriamente ditos, de cunho individual, e a dos direitos fundamentais sociais, seguindo a linha a ser traçada ao longo do texto.

Não é possível abarcar neste espaço toda a teorização existente sobre a temática, que tem merecido amplos estudos doutrinários sob os mais diferentes matizes - quanto à fundamentação das concepções filosóficas, por exemplo -, mas, seguindo a senda proclamada por Norberto Bobbio, contida no enunciado de que o *problema atual dos direitos humanos não mais consistiria em fundamentá-los, mas sim em concretizá-los*¹⁷, enfatizar o aspecto relativo a sua proteção e efetivação.

Evidencia-se isto porque parte substancial do trabalho dedica-se exatamente a abordar como são efetivados os direitos fundamentais sociais concernentes à saúde, principalmente quando o Poder Executivo não adota medidas para fazê-lo, sendo necessário recorrer a esferas distintas deste¹⁸.

¹⁵ MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

¹⁶ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil – O Longo Caminho*. Editora Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2001, p. 219.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, 14ª tiragem, p. 25.

¹⁸ Essa questão será enfatizada no decorrer do texto, mas desde logo afirma-se que, em um primeiro momento, pode-se buscar assessoria jurídica para tentar uma solução em sede extrajudicial, citando-se a possibilidade da utilização de advogados ou da Defensoria Pública – nos

Sob outro ângulo, Gregorio Robles, em sua análise sobre a assertiva de Bobbio, acima reproduzida, primeiramente concorda que o problema prático dos direitos humanos é o de sua efetivação. No entanto, acentua que persiste o esforço teórico sobre a sua fundamentação¹⁹, pois no seu entender, defender valores sem poder justificá-los é inadmissível. Para tanto, apresenta algumas razões por meio das quais é possível fundamentar os direitos humanos, cuja síntese consiste em conceber esses tipos de razões nas seguintes:

“A razão de tipo moral é evidente e [...] faz a sociedade justa.

A razão lógica delimita *materialmente* o conteúdo desses direitos, porquanto penetra neles. [...] A regulação da vida exige a concreção de conteúdos; exige descer daquela retórica vazia, que soa bem, para alcançar a especificação e a concreção dos ideais. Com a expressão *direitos humanos* não temos que defender qualquer coisa, mas sim determinados ideais e valores que exigem que se comece exatamente por seu fundamento.

[...] O argumento do tipo retórico afeta diretamente a nós, os teóricos do direito e da sociedade. [...].

Para que, então, elaborar teorias sobre os direitos? E, sobretudo, não posso saber quais são esses direitos e qual é seu conteúdo concreto se escondo o problema do fundamento, já que esse constitui a única via de concreção. Não há realização sem fundamentação, como não há prática coletiva eficaz sem idéias elaboradas e coletivamente assumidas. A função do teórico é exatamente de fundamentar. [...] Por isso, uma autêntica teoria dos direitos humanos só pode aparecer englobada em uma teoria mais ampla da sociedade justa, ou seja, no âmbito de uma teoria da justiça.”²⁰

Em acréscimo a esses argumentos, cumpre mencionar o pensamento de Carlos Bernal Pulido²¹, o qual, com fundamento em Robert Alexy aduz que os direitos fundamentais, tanto os sociais quanto os tradicionais direitos de defesa, são direitos democráticos, direitos à igualdade, direitos de organização e procedimento, sendo uma institucionalização dos direitos humanos no plano constitucional.

Estados onde há essa instituição –, e, do Ministério Público, pois estes últimos possuem instrumentos, tais como requisições, recomendações e outros, bem como o próprio acionamento do Poder Judiciário, como última instância a ser utilizada quando nenhum outro meio produzir o efeito pretendido.

¹⁹ “O fato de que um problema seja de difícil solução não nos concede o direito de abandoná-lo ou qualificá-lo como pseudoproblema. Um problema existe quando nos apresenta uma interrogação a respeito de algo; e não faz sentido negar o problema por não sabermos a resposta ou por acreditarmos que, em função de nossas concepções intelectuais, não é possível encontrá-la. ROBLES, Gregorio. *Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual*. São Paulo: Manole, 2005, p. 01-02.

²⁰ *Ibid*, p. 02-03.

²¹ **Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: uma Crítica a “Existem Direitos Sociais?”** de Fernando Atria In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 142.

Afirma, em seguida, que os direitos humanos configuram um movimento filosófico e político cuja posição é voltada a proteger os poderes básicos do sujeito para atuar com dignidade e liberdade dentro de uma sociedade bem ordenada, consoante o entendimento de John Rawls²².

2.2.1

Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.

Consoante destacado, os direitos fundamentais, – especialmente o direito à saúde –, podem ser visualizados sob dois ângulos, para a garantia do respectivo âmbito de proteção.

Assim, genericamente considerados, podem ser dotados de um caráter objetivo, sendo concebidos como uma ordem de valores instituída no texto constitucional. Por outro lado, também estão configurados sob a dimensão subjetiva, ou seja, nesta perspectiva, são enquadrados dentro do conceito de direito subjetivo²³.

Essa última vertente tem sido abordada de maneira mais ampla porque a doutrina sobre os direitos fundamentais ancora-se exatamente na noção de direitos subjetivos, principalmente oponíveis em relação ao Estado. Está vinculada também a uma posição positivista, pois são observados sob a perspectiva de direitos de defesa do cidadão em relação ao Estado, bem como restritos à ótica subjetiva.

²² John Rawls assevera que uma das metas do ideal de justiça como equidade é fornecer uma base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas e responder à questão de como atender às exigências de liberdade e igualdade. Para tanto, volta-se para a cultura pública de uma sociedade democrática e para as tradições de interpretação de sua Constituição e leis, no intuito de obter uma concepção de justiça política, utilizando tais ideias para organizar e conferir uma estrutura ao conjunto da teoria da justiça como equidade, conforme suas palavras:

“A base desta formulação é a de uma sociedade como um sistema equitativo de cooperação social que se perpetua de uma geração a outra. Essa idéia central é elaborada em conjunção com duas outras idéias fundamentais a ela associadas que são: a idéia de cidadãos (os que cooperam) como pessoas livres e iguais (§7); e a idéia de uma sociedade bem-ordenada, ou seja, uma sociedade efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça (§ 3).” *Justiça como Equidade – uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 06-07.

²³ Relativamente ao direito à saúde, apresenta-se como direito fundamental de caráter individual devido ao fato de assentar-se na necessidade de preservação da vida e da dignidade da pessoa humana. E como direito social, de caráter coletivo, inserido no Título VIII da Constituição federal, relativa aos preceitos concernentes à Ordem Social, cujo artigo 194 estatui compreender a ordem social um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Ademais, baseou-se no uso generalizado da teoria do *status* concebida por George Jellinek, assentada a partir do fundamento da existência de quatro posições jurídicas que os indivíduos podem estabelecer em suas relações com o Estado:

“1- o *status subjectionis*, consistente na subordinação do indivíduo ao Estado, “o qual pode vincular os comportamentos humanos por meio de comandos jurídicos, estabelecendo um complexo de deveres; 2- o *status negativus ou status libertatis*, que consiste na esfera individual de liberdade inviolável pelo Estado e corresponde ao direito do indivíduo de exigir que aquele se abstenha de promover agressões aos bens jurídicos fundamentais (direitos de liberdade); 3- o *status positivus ou status civitatis*, que assegura ao indivíduo o direito de exigir do Estado ações positivas (direitos sociais). 4- o *status activus ou status activae civitatis*, que deflui das normas jurídicas que asseguram aos indivíduos o direito de manifestar a vontade estatal de contribuir para sua formação (direitos políticos).”²⁴

Desta forma, como destaca Ingo Sarlet, inicialmente sempre há a tendência a considerar a noção da existência de um direito vinculada a sua possibilidade de ser exigido em juízo. Entretanto, ressalta a complexidade dos direitos fundamentais, tendo em vista o amplo leque de possibilidades aberto ao titular de um direito subjetivo fundamental, os quais se descortinam diante da conformação concreta da respectiva norma.

Assim, o referido autor aponta para a circunstância de que existem inúmeras variantes a respeito das possibilidades concernentes à noção de direito fundamental na condição de direito subjetivo, remarcando a acirrada controvérsia existente nessa seara. Adota, contudo, tendo em vista sua atualidade no campo doutrinário e formulação suficientemente elástica para a noção ampla de direito subjetivo, a proposição formulada por Robert Alexy:

“[...] que, partindo da distinção efetuada por Bentham entre *rights to services, liberties and powers*, edifica sua concepção de direitos fundamentais (o que chamou de sistema das posições jurídicas fundamentais) em sua perspectiva subjetiva, com base no seguinte tripé de posições fundamentais, que, em princípio, pode integrar um direito fundamental subjetivo: a) direitos a qualquer coisa (que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestações); b) liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições) e c) os poderes (competências ou autorizações).”²⁵

²⁴ Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 459.

²⁵ SARLET, A *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5. ed., 2005, p. 169.

Ressaltando a exposição anterior, em decorrência da eclosão do Estado social e ao aprimoramento da dogmática do Direito Constitucional, especialmente no período subsequente a segunda Guerra Mundial, ocorreram alterações na percepção sobre os direitos fundamentais.

Isto porque, no constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram qualificados apenas a partir da perspectiva subjetiva, relacionando-os com as pretensões exigíveis do Estado pelo indivíduo, em virtude da existência de um direito previamente reconhecido em uma norma positiva.

Entretanto, sem descurar da importância dos direitos fundamentais subjetivos ou individuais, a doutrina tem conferido outros efeitos a estes, os quais estão consubstanciados no caráter ou na dimensão objetiva. Por isso, como assevera Daniel Sarmento, tal dimensão significa o reconhecimento de que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes para uma comunidade política específica²⁶.

A partir deste contexto, efetua-se uma nova configuração da antiga concepção de que ao Estado, para proteger os direitos fundamentais, bastaria abster-se de violá-los; todavia, sob este prisma, também deve efetuar ações positivas. Desta forma, para a consecução deste objetivo, verifica-se um aporte de valores morais na Constituição²⁷.

²⁶ “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. Nesta linha, quando se afirma a existência dessa dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.” SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, p. 134.

²⁷ Em relato histórico, Jane Reis Gonçalves Pereira assevera: “A concepção da Constituição como estatuto axiológico da sociedade é produto do constitucionalismo germânico, tendo sido desenvolvida e estruturada na jurisprudência da Corte Constitucional a partir da vigência da lei Fundamental de Bonn. A idéia central inerente a essa visão é a de que, por meio da Constituição, a comunidade estabelece um arsenal de valores que não de orientar e conformar não apenas a ordem jurídica estatal, mas a vida social genericamente considerada. Nesta perspectiva, as escolhas valorativas postas na Constituição – e que são exprimidadas no rol de direitos fundamentais --- devem orientar a ação do Estado e de todos os setores da sociedade (85: A discussão relativa aos direitos fundamentais como normas objetivas de princípio remonta à Constituição de Weimar (1919), entretanto, a tese de que estes ostentam uma dimensão objetiva só foi aceita e desenvolvida na década de 50 [...]. Nada obstante, cabe ter em conta que a decisão de transformar os direitos fundamentais em cláusulas pétreas sob a égide da Lei Fundamental de 1949 foi orientada pela ideia de que estes traduziam os valores essenciais da sociedade.” *Op. cit.*, p. 457.

Assim, o Estado deve assegurar condições materiais mínimas para o exercício das liberdades constitucionais, sem as quais os direitos fundamentais previstos constitucionalmente não passam de declarações de intenções, contidas em meras “folhas de papel” - expressão cunhada por Ferdinand Lassale. Logo, deve propiciar, de forma ampla, por meio de órgãos e procedimentos, a proteção e a real efetivação dos direitos fundamentais, atuando de forma a estruturar o ordenamento jurídico em função e em conformidade com estes.

A respeito dessa conjuntura, Jorge Reis Novais relata que o reconhecimento dessa dimensão objetiva foi estimulado pelo acolhimento encontrado por algumas teorias relativas aos direitos fundamentais, orientadas por uma perspectiva de superação da concepção estritamente liberal, que era atrelada ao caráter negativo e com um vínculo maior à dimensão estritamente subjetiva.

Essas teorias, entre as quais, a *teoria institucional*, a *teoria dos valores* e a *teoria social*²⁸, desempenharam um papel importante na denominada expansão ou desenvolvimento dos direitos fundamentais. Destaca que todas contribuíram para o reconhecimento de outros atributos aos direitos fundamentais, além daqueles contidos na dimensão subjetiva.

Nesse sentido, passaram a ser admitidas as premissas de que estes espelham valores, sendo, além disso, qualificados como instituto ou instituição,

²⁸ Canotilho acentua que a teoria social também parte da tripla dimensão que deve ser conferida aos direitos fundamentais, a *dimensão individual (pessoal)*, a *dimensão institucional* e a *dimensão processual*. Nela, embora à liberdade possa ser assinalada a dimensão subjetiva, adquire uma dimensão social. Assinala, ainda, que o problema dos direitos sociais está contido na impossibilidade de o particular poder usufruir situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo ordenamento, pois neste caso, a intervenção estatal é necessária como um *fim* do Estado, acrescentando:

“A socialidade passa a ser considerada como um *elemento* constitutivo da liberdade e não como limite meramente externo da mesma. Mas não basta exigir prestações existenciais e impor ao Estado deveres sociais, se não configurarmos a posição dos cidadãos no processo de realização dos direitos como um *status activus processualis*, de que fala HÄBERLE. Intervém aqui a terceira dimensão assinalada aos direitos fundamentais: a *componente processual* permite aos cidadãos participar na efectivação das prestações necessárias ao livre desenvolvimento do seu *status activus*. Não obstante o avanço positivo que a teoria social trouxe quanto à compreensão multidimensional dos direitos fundamentais, permanecem obscuros alguns pontos: (1) reconhece a teoria social que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjectivos, ou serão antes ‘cavalos de Tróia’ na cidade, ainda dominada pelo individualismo impenitente; (2) haverá efectivamente direitos de *quota-partes (Teilhaberechte)* dos cidadãos na realização dos direitos fundamentais, ou tratar-se-à de simples questões de organização e administração?; (3) quais as garantias efectivamente concedidas aos cidadãos quanto à realização dos novos direitos: haverá prestações estaduais à medida dos direitos fundamentais ou simplesmente *direitos dependentes à medida das prestações do Estado?*” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 509.

bem como, também considerados deveres de promoção ou prestação do Estado com relação a sua realização²⁹.

Peter Häberle efetuou um esboço sobre as diferentes teorias a respeito dos direitos fundamentais, a fim de propugnar, segundo sua construção, que estes são institutos; ressaltando, por outro lado, que as limitações colocadas a estes na verdade destinam-se a sua própria salvaguarda. Para tanto, utilizou os referenciais teóricos da concepção institucional dos direitos fundamentais³⁰, formatados por Maurice Hauriou e E. Kaufmann.

Por sua vez, Jorge Reis Novais colaciona a assertiva de Peter Häberle no sentido de que sua teoria não se deixa capitular pela *facticidade* em desfavor do aspecto individual. Observa, ademais, segundo a narrativa daquele, sua preocupação com a liberdade real e a função social dos direitos fundamentais, porquanto a teoria institucional cumpre o objetivo de valorizar as características afetas às denominadas garantias institucionais, comumente referidas aos direitos liberais clássicos, principalmente os direitos de liberdade³¹.

No tocante à teoria dos valores e a uma possível funcionalização dos direitos fundamentais sociais em detrimento dos direitos individuais, como destaca Daniel Sarmento³², tais direitos são exercidos em coletividade.

Por esta razão, a teoria funcionalista não pode ser utilizada indistintamente, sob pena de se dissolver o ideal de liberdade e autonomia moral

²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 59.

³⁰ HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madri: Editorial Dykinson, 2003, p. 07, 71 e ss.

³¹ “Referem-se essas características ao sentido da consideração objetiva dos direitos fundamentais enquanto complexos normativos, fácticos, ou até metafísicos, constitucionalmente protegidos e cujo núcleo essencial, por esse facto, o legislador teria de respeitar e o Estado teria de garantir; nessa perspectiva, o indivíduo viveria efectivamente os direitos fundamentais como consequência da protecção reflexa que deriva da satisfação desse dever estatal, só podendo verdadeiramente ser titular de pretensões jurídico-individuais no quadro da correspondente instituição e da respectiva conformação legislativa. Nesta concepção de des-subjectivização e transformação tendencial da liberdade em liberdade-dever ou em liberdade positivamente orientada, a teoria institucional dos direitos fundamentais converge com a chamada teoria dos valores, pelo menos quando nesta vem implícita uma diferente apreciação dos possíveis usos da liberdade, consoante eles favoreçam ou não a prossecução do valor que o correspondente direito fundamental expressa, e quando ela funcionaliza, assim, a liberdade jusfundamentalmente protegida à respectiva conformidade a um sistema de valores estendido, como se pode deduzir de alguma jurisprudência constitucional germânica, como ordem constitucional hierarquizada e escalonada.” NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., p. 61-62.

³² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 137.

do indivíduo. Cita como exemplo a liberdade de expressão em prol dos interesses da coletividade, o que poderia levar a obstaculizar a proteção desse direito em manifestações em tese contrárias a algum conceito comunitário de “bons costumes”.

A partir dessa constatação de que os direitos sociais revelariam uma ordem de valores explícita, constante da lei fundamental de um país, surge um problema a ser resolvido, tendo em vista que os direitos fundamentais de índole objetiva devem ser compatibilizados com outros valores e bens igualmente previstos em sede constitucional.

Desta forma, apresenta-se a importante questão sobre quais métodos ou técnicas serão empregadas para efetuar a ponderação dos valores contidos nesses direitos, cujo confronto pode ocasionar uma colisão.

Isto gera, por decorrência, a necessidade de verificar-se a perspectiva teórica sobre o método do sopesamento ou da ponderação de valores, o qual atualmente vem sendo muito utilizado para a resolução deste problema, ressaltando-se que se tem destacado, dentro deste tipo de hermenêutica, a utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, problemática cujo destaque será efetivado na Parte II.

É interessante acentuar o aspecto ressaltado por Jorge Reis Novais, relativamente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais quando aduz que esta serve não apenas como uma orientação substancial sobre a obrigação de satisfação dos deveres estatais, mas significa uma garantia de um padrão mínimo de sua realização.

Este, em não sendo atingido, configurará a violação da proibição constitucional de déficit de atuação, vinculadora dos poderes do Estado, podendo até mesmo constituir a exigência de pretensões ou direitos subjetivos à respectiva atuação, sempre que esteja sendo posta em causa a garantia dos pressupostos para o exercício tanto da liberdade quanto da igualdade.

Por fim, releva aduzir o aspecto concernente ao dever estatal de proteção, o qual, conforme o pensamento do autor anteriormente referido apresenta-se como uma segunda função desempenhada pelo caráter objetivo dos direitos fundamentais. Assim, além da função genérica de conferir legitimidade à atuação positiva do Estado, haveria a possibilidade de serem deduzidos deveres concretos de atuação estatal, exatamente em razão da tarefa

constitucional de proteção dos direitos fundamentais contra ameaças provenientes de terceiros.

2.2.2

Destaque da importância do tema.

Para finalizar este tópico, importa ressaltar que o relevo conferido à dimensão objetiva, considerado o fato de que o texto constitucional contém uma ordem ou sistema de valores ou princípio da *socialidade* (denominação utilizada em Portugal), foi com o intuito de fundamentar a argumentação que será desenvolvida ao longo do texto.

Esta converge para que, com relação ao direito fundamental social à saúde, deva ser conferida uma primazia. Isto se e quando estiver em disputa ou colisão com outros direitos fundamentais, quer individuais, quer sociais; mas não olvidando o atendimento ao direito subjetivo sob eventual ameaça pelo risco da urgência, nem pretendendo funcionalizar o direito em questão.

A intenção é a de propugnar que o direito à saúde seja analisado sob a dimensão global, com a intenção de que o seu adimplemento enquanto “direito social” produza o efeito de ver atingido, pelo menos em parte e na medida do possível, o ideal concebido desde os tempos imemoriais, qual seja, de efetivar-se a justiça distributiva ou justiça dinâmica, na moderna formulação de Agnes Heller³³.

Não são desconsideradas as objeções a esta posição, algumas delas calcadas na sustentação de que pode haver uma totalização ou “tirania dos

³³ “O que emerge [...] é nitidamente o problema tradicional da justiça distributiva e da legitimidade do sistema normativo (dita justiça dinâmica em Agnes Heller). Mais do que coletivos, os novos conflitos são plurilaterais. O problema da justiça distributiva diz respeito à alocação ou apropriação individual de recursos comuns (a riqueza, a honra). Um sistema jurídico e político incapaz de prover uma distribuição justa e justificável perde legitimidade. Em termos institucionais, dá-se a sobrecarga do órgão encarregado de resolver controvérsias, pela incapacidade de os outros órgãos (Administração, Parlamento) forjarem acordos universalizáveis ou simplesmente buscarem um interesse público ou comum. Trata-se de uma tensão permanente entre aplicação retrospectiva de leis tradicionais em situações novas, gerais e que precisam de regulação prospectiva.” LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – Teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 121-122.

valores”, reproduzindo a assertiva lançada por Gomes Canotilho³⁴, e na mesma linha, Vieira de Andrade³⁵.

Porém, para consubstanciar essa postura, são colacionados os fundamentos da teoria dos valores tal como propugnada por Robert Alexy, ou seja, da mesma forma como ele utiliza alguns argumentos para refutar as críticas formuladas com relação ao método da ponderação, esta mesma fundamentação serve para rebater a contraposição à teoria dos valores³⁶.

Adicionando-se, os critérios utilizados por aquele método igualmente espelham um modelo para a compreensão sobre a ordem de valores e o questionamento a respeito de quais valores podem ser ordenados com base nessa hierarquia.

Alexy indica que devem ser os valores relevantes para uma decisão a respeito dos direitos fundamentais. Entretanto, ele mesmo reconhece a dificuldade em estabelecer quais valores são estes, em uma delimitação, por exemplo, abarcadora de uma *ordem de valores completa e fechada*. Aduz, no entanto, que em um alto nível de generalidade, poder-se-ia alcançar uma completude com alguns conceitos, tais como *dignidade, liberdade, igualdade, proteção e bem-estar da comunidade*.

Mas esse catálogo completo dificilmente seria estabelecido, por haver problemas quanto à identificação da hierarquia ou do peso que possam ser expressos nesses valores, razão pela qual assevera ser *impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais*. Contudo, tal impossibilidade estaria restrita a uma ordenação *rígida*, não implicando a

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p. 507-08.

³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004, 3. ed., p. 102 e ss.

³⁶ Algumas dessas objeções consistem exatamente em atribuir uma dose de subjetivismo ou acentuada discricionariedade, as quais, no entender de Robert Alexy, podem ser refutadas a partir da atribuição racionalidade ao balanceamento por meio da fundamentação do enunciado de preferência, pois,

“um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 165.

impossibilidade de uma ordenação *flexível*, cujo alcance dar-se-ia por meio do balanceamento³⁷:

“Ordenações flexíveis podem surgir de duas formas: (1) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências. Uma ordenação flexível dos valores constitucionalmente relevantes por meio de preferências *prima facie* é obtida, por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou de interesses coletivos. Uma ordenação flexível por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências é obtida por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ambas estão intimamente ligadas ao conceito de sopesamento [...]”³⁸

Destaca-se que a proposição ora defendida não contém uma posição solipsista, mas procura evidenciar o fato de que realmente a Constituição Federal brasileira alberga uma visão comunitária³⁹. Logo, contempla os valores eleitos como dignos de proteção pela sociedade, na época de sua elaboração, os quais, no entanto, devem permanecer atuais, mas sem perder a intenção original.

Seu cumprimento, porém, deve ocorrer na maior medida possível, devido principalmente à circunstância de que, com relação às prestações materiais, objeto primordial dos direitos fundamentais sociais, as disponibilidades financeiras relativizam, mas não impedem o seu adimplemento.

Desta forma, mesmo considerando os direitos sociais como condicionados à chamada reserva do possível, não se pode relegar a sua concretização a um segundo plano, se tal alegação contiver apenas um caráter genérico, sem demonstração empírica. Em virtude disto, para ocorrer a sua efetivação, é necessário haver a previsão no orçamento de verbas para a realização desses direitos, mesmo de forma gradativa.

2.2.3.1

Considerações sobre os Direitos Fundamentais Sociais.

³⁷ALEXY, Robert, op. cit., p. 158-162.

³⁸*Ibid*, p. 163.

³⁹Gisele Cittadino traça o panorama do constitucionalismo comunitário no Brasil, o qual, em suas palavras, está calcado no “binômio dignidade humana-solidariedade social e ultrapassa, segundo seus representantes, a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas. Uma visão comunitária da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo e da esfera da autonomia individual.” *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, p. 17.

Para poder adentrar propriamente no conceito de direitos fundamentais sociais é necessário lembrar, como aduzido, que, no princípio, quando começaram a surgir no cenário jurídico-institucional, aos direitos sociais foi atribuída uma eventual incompatibilidade com os tradicionais direitos civis liberais ou também liberdades públicas, terminologia utilizada na França.

Impende afirmar que, ao invés de se apresentar uma tendência de oposição entre essas duas classes de direitos, afigura-se a possibilidade da formulação de um modelo de compatibilidade. Por meio deste seria estabelecida a convivência dos direitos sociais ao lado dos direitos de liberdade, realizando a mesma função que estes desempenhavam no Estado de Direito Liberal, ou seja, a garantia da proeminência da igualdade, liberdade, propriedade e do princípio da reserva legal, estabelecendo-se uma relação complementar entre ambos.

Isto porque os direitos sociais instituem uma tensão dialética entre indivíduos e coletividades particulares, pois existe uma variada combinação de momentos individuais e coletivos – base na qual a titularidade ou exigibilidade dos direitos se articulam entre os diferentes indivíduos⁴⁰ e coletividades de que sejam os respectivos titulares, conforme se extrai das ponderações de Antonio Baldassare⁴¹.

Essa situação é constatada na prática, no tocante à possível colisão entre o direito individual e o direito coletivo à saúde, quando eventualmente estiverem em confronto, devido a sua dimensão dual, ou seja, objetiva e subjetiva, conforme já ressaltado.

No entanto, aos direitos sociais atualmente também pode ser conferido o mesmo *status* dos outros direitos fundamentais, baseados em sua natureza de direitos constitucionais, e em virtude disto, a garantia jurisdicional dos direitos fundamentais deve e pode ser estendida aos direitos sociais⁴².

Sob outro prisma, os direitos sociais não se configuram em definições efetuadas *a priori*, senão pelo conteúdo dos interesses protegidos em cada caso. A

⁴⁰ Alguns teóricos propugnam o tratamento dos direitos sociais apenas como direitos públicos subjetivos, tal como defendido por Rodolfo Arango em sua obra sobre o conceito de direitos fundamentais sociais. ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales*. Colombia: LEGIS – *Universidad Nacional de Colombia*, 2005.

⁴¹ Essas ponderações são extraídas do texto de BALDASSARE, Antonio, op. cit., p. 89-90.

⁴² A Constituição brasileira por sua vez, estabelece a tarefa de que os Poderes Públicos devem remover os obstáculos de ordem econômica e social que, ao limitar a liberdade e igualdade do cidadão, impedem-no de desenvolver sua personalidade por meio da efetiva participação no trabalho de organização política e econômica da sociedade.

partir desta assertiva, Cristina Queiroz obtempera que o fator determinante para se estabelecer o conteúdo dos direitos fundamentais é o bem ou valor de proteção, devido à relação entre o direito de defesa e sua esfera de proteção⁴³.

Os direitos sociais são tradicionalmente conceituados como direitos do cidadão a prestações positivas do Estado, a um *facere* ou uma ação, sendo portando, qualificados como direitos positivos, advindo daí a diferença entre estes e os direitos de liberdade, pretensões relacionadas aos deveres de abstenção do Estado, os denominados direitos negativos.

Porém, após a veiculação da afirmação de Stephen Holmes e Cass Sustein⁴⁴, no sentido de que todos os direitos possuem tanto a faceta positiva quanto a negativa, todos possuindo custos, não apenas os direitos positivos, essa classificação deixou de ser estanque.

Isto é assim porque muitos direitos comumente considerados como negativos, contêm o aspecto positivo, demandando despesas para a sua realização pelo Estado. Como exemplo, a proteção ao direito de propriedade exige a alocação de verbas para a sua manutenção, entre outros elementos, de segurança, com uma polícia eficiente etc.

Também existe um paralelo entre os direitos sociais e as normas programáticas, disto decorrendo a absorção dos respectivos problemas quanto à eficácia e aplicabilidade, havendo, todavia, uma tendência à superação de alguns obstáculos a sua plena eficácia e efetividade.

Contudo, a melhor opção, em termos de aplicabilidade, é a adoção da tese preceptiva de eficácia plena ou auto-aplicabilidade às normas relativas aos direitos sociais, pois estes possuem as mesmas características conceituais dos direitos fundamentais, apesar de conterem uma estrutura e projeção diferente dos demais direitos de igual índole no ordenamento jurídico-constitucional, ocasionando um problema de interpretação constitucional, consoante assevera Cristina Queiróz.

⁴³ “[...] somos forçados a concluir que o que determina o conteúdo dos direitos fundamentais e particularmente dos direitos, liberdades e garantias reconhecidos constitucionalmente, é o bem ou valor de proteção. Daí a relação entre o ‘direito de defesa’ e sua ‘esfera de protecção’”. QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justicialidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 06.

⁴⁴ HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999. No Brasil, Flávio Galdino discorreu sobre essa obra em sua dissertação de mestrado publicada sob o título *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Assim, devido a sua “complexa polivalência semântica”⁴⁵ e os efeitos daí advindos, quer para a definição do direito quer para delimitar o seu âmbito de proteção, a dogmática tradicionalmente qualificava os direitos sociais como não justiciáveis. No entanto, atualmente há uma tendência, como ressaltado, em superar os aspectos limitativos a sua exigibilidade, a fim de serem demandados perante o Poder Judiciário.

Logo, em decorrência da acepção inicial que lhes era atribuída, sua violação não consistia em atos sancionáveis ou anuláveis, mas simples “omissões”, não sendo estas passíveis de nenhuma coerção ou até mesmo sindicabilidade⁴⁶.

Além disto, os direitos sociais advém de princípios constitucionais referentes à distribuição ou redistribuição econômica, social e política e compartilham o estatuto de direitos fundamentais relativamente à eficácia a seu valor jurídico.

José Reinaldo de Lima Lopes assevera serem direitos relativos a metas gerais coletivas, destinados a distribuir os benefícios da vida social concernentes a objetivos maiores, tais como eficiência econômica, igualdade ou proporcionalidade na distribuição etc⁴⁷.

Constata-se, pois, que em virtude de seu objeto consistir normalmente em prestações estatais relativas à criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais (razão pela qual são chamados de direitos de distribuição ou redistribuição), possuem uma dimensão economicamente relevante, repercutindo no âmbito de sua eficácia e aplicabilidade⁴⁸.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. Prólogo a ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madri: Trotta, 2002, p. 11.

⁴⁶ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justicialidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 06.

⁴⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126-127, 1. ed., 2. tiragem.

⁴⁸ Em vértice oposto, Rodolfo Arango preconiza que esses direitos, na verdade, atingiriam o conceito de justiça compensatória, devendo ser considerados como uma etapa prévia à distribuição de ônus e benefícios sociais; em seguida, acentua o argumento principal para tanto, no sentido de que estes são direitos a ações positivas fáticas do Estado de grande importância, derivados das constituições democráticas modernas, a partir da premissa de que o indivíduo deve ser levado a sério. Concluindo a sua síntese: os direitos fundamentais, incluído o mínimo existencial, devem ser garantidos previamente à distribuição democrática de bens e encargos por parte do legislador ordinário e, portanto, para ele, a justiça compensatória ou corretiva tem uma espécie de primazia sobre a justiça distributiva nos Estados constitucionais e democráticos modernos. ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Colombia: LEGIS – Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 343-344.

Em virtude de toda essa problemática é que se reveste de interesse o objeto deste estudo, pois o direito à saúde consiste basicamente em prestações a serem efetivadas pelo Estado, as quais têm implicações com os aspectos ora referidos.

É oportuno ressaltar que mesmo se considerando as normas constitucionais atinentes a direitos fundamentais sociais auto-aplicáveis, não se pode negar que os direitos a prestações necessitam de uma atuação integradora por parte do destinatário das normas de direitos fundamentais.

Geralmente estas consistem em prestações de natureza fática ou jurídica (normativa), pois normalmente são positivadas como normas definidoras de fins e tarefas para um ente público, ou impõem obrigações ao legislador, de maior ou menor intensidade quanto à concretização do direito em questão.

Os direitos sociais abrangem um conjunto complexo e heterogêneo de posições jurídicas, distintas quanto ao seu objeto, destinatário e estrutura normativa, gerando reflexos tanto com relação a seus efeitos quanto a sua eficácia.

Demandam, portanto, uma conduta positiva por parte do destinatário da norma, normalmente o Estado, e geralmente consubstanciada numa prestação de natureza material ou fática, razão pela qual exigem uma postura ativa do Estado na esfera econômica e social, pressupondo que a prestação constitutiva de seu objeto seja criada ou posta à disposição de seu titular.

Por isto, constituem uma categoria especial dos direitos fundamentais, porquanto, por meio do fornecimento dos recursos materiais necessários, objetivam a realização da igualdade e da liberdade real, a qual só pode ser alcançada se superadas, ou compensadas, as desigualdades sociais.

À disponibilidade dos recursos ou meios, verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais relativos a prestações, acrescenta-se o problema da capacidade jurídica do destinatário da norma, isto é, de seu poder de dispor do objeto reclamado, pois, sem isto, não poderá manejar recursos para tanto.

Estes condicionamentos configuram a chamada “reserva do possível”, a qual, em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade quanto o poder jurídico de disposição pelo destinatário da norma.

Além de sua efetivação estar vinculada às circunstâncias socioeconômicas, os direitos sociais costumam ser classificados como normas de caráter programático, necessitando, geralmente, como ainda propugnado por uma parcela da doutrina, de uma integração legislativa, visto que normalmente são previstos

constitucionalmente de modo genérico, deixando-se ao legislador um espaço de conformação para a sua atividade concretizadora.

Todas estas características refletem-se no plano da eficácia, ocasionando efeitos diferenciados e de acordo com a elaboração apresentada por Ingo Sarlet⁴⁹, podem ser apontadas as algumas cargas eficaciais comuns às normas de direitos fundamentais, inclusive as de direitos sociais.

No tocante à legislação: revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo e por isto, não serão mais aplicados, independentemente de declaração de inconstitucionalidade.

Relativamente à vinculação do legislador: obrigação de concretizar os fins, valores e programas previstos na norma, dentro dos parâmetros por ela definidos; contrariamente, permite o recurso às ações constitucionais de controle da omissão legislativa: inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção;

Com referência aos poderes estatais em geral e ao momento de concretização do Direito: constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; vinculam e condicionam a atividade estatal em todos os níveis, a qual deve se pautar pelos princípios, fins e diretrizes estabelecidos em tais normas, gerando reflexos nos processos de criação e reprodução do Direito e em toda a ordem jurídica.

No plano normativo derivado, de sua integração infraconstitucional, extrai-se a chamada “proibição de retrocesso”, cujo efeito é o de impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele mesmo criadas.

2.2.3.2

A posição restritiva de Robert Alexy.

Robert Alexy formula o conceito de direitos a prestações em sentido amplo, os quais podem consistir em direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, ou seja, direitos a prestações normativas estatais, voltadas à garantia da liberdade e igualdade no Estado de Direito, remontando às clássicas liberdades negativas ou direitos de defesa.

⁴⁹ SARLET, Ingo. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2008, p. 33- 34.

Em sua complexa teoria sobre os direitos fundamentais⁵⁰, elabora uma esquematização sobre estes, partindo da premissa da existência de um sistema de posições jurídicas fundamentais.

Dentro deste estão inseridos, primeiramente, os *direitos a algo*, incluindo-se nesta categoria os direitos a ações negativas ou direitos de defesa e os direitos a ações positivas. Em segundo lugar, estão as *liberdades* e, finalmente, as *competências*, advindo desse conjunto, o conceito de direito fundamental completo:

“[...] é um feixe de posições de direitos fundamentais. Permanece [...] a questão acerca daquilo que faz com que as posições individuais se unam em um direito fundamental. [...] a resposta mais simples seria: sua atribuição a uma disposição de direito fundamental. Nesse sentido, a *união* de um feixe de posições em um direito fundamental equivale à atribuição de um feixe de normas a uma disposição de direito fundamental. [...] o quão abrangente e multifacetado é aquilo que se pode reunir no conceito de *direito fundamental completo*.”⁵¹

Configuram, pois, direitos a ações negativas, consistentes em abstenções do Estado; o contraponto a estes são, logicamente, os direitos a uma ação positiva, conceituando essa locução em sentido amplo, pois adota uma acepção genérica do termo “prestações”, englobando-as como todos os direitos a uma ação positiva estatal.

Quanto a este ponto, assevera: “Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestação em sentido amplo, é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais”⁵². Complementa com a afirmação de que

⁵⁰ É necessário esclarecer, em breve síntese, que Robert Alexy concebe a estrutura das normas de direitos fundamentais segundo a sua divisão das normas em regras e princípios.

As regras constituem o padrão clássico de aplicação pela via tradicional da subsunção, segundo a máxima do tudo ou nada, ou seja, ou uma regra é válida e, portanto, incidente ao caso concreto, ou é inválida e não será utilizada para a solução da controvérsia.

Os princípios, ao contrário, possuem uma dimensão de peso, ou seja, são avaliados segundo o grau ou importância que cada um deles, em caso de colisão, apresentar para a resposta do caso concreto, possuindo, portanto, um caráter *prima facie*. Consistem ademais, segundo sua terminologia, em mandados de otimização.

⁵¹“As normas e posições mencionadas podem ser divididas a partir de três perspectivas: (1) de acordo com as posições de que se trate no sistema de posições jurídicas fundamentais; (2) segundo seu grau de generalidade; e (3) segundo se trate de posições com caráter de regra ou de princípio ou, respectivamente, de posições definitivas ou *prima facie*. Entre essas normas e posições existem relações das mais variadas. Três relações, que extrapolam a simples coexistência no feixe de posições, são facilmente diferenciáveis: uma relação de especificação, uma relação meio-fim e uma relação de sopesamento.” ALEXY, Robert, op. cit., p. 249-251.

⁵² *Ibid*, p. 433.

essa tarefa fica mais intensa quando concernente aos direitos fundamentais sociais, tais como assistência social, moradia, educação e saúde.

Enfatiza, ainda, a existência de uma polêmica sobre a natureza dos direitos à prestação, relacionada à diversidade de visões sobre qual a natureza e função de elementos estruturantes do sistema jurídico, tais como o Estado, o Direito, a Constituição, os direitos fundamentais, e finalmente, inclusive, à própria percepção da sociedade sobre tais elementos⁵³.

Para ele, porém, a definição dos direitos à prestação, na maioria das vezes, está associada aos direitos do indivíduo em relação ao Estado, a algo que, se este dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente⁵⁴, poderia obter de particulares⁵⁵.

Os direitos à prestação, segundo sua classificação, podem ser divididos em três grupos: 1- direitos à proteção; 2- direitos à organização e ao procedimento e 3- direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais).

Prossegue realçando que, muitos dos denominados direitos fundamentais sociais, os quais são reputados como direitos à prestação, configuram um feixe de posições referentes, em parte, a prestações fáticas e normativas; por outro lado, os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos às prestações somente se forem direitos subjetivos e de nível constitucional.

Obtempera que, com relação aos direitos a ações positivas, é imposta ao Estado a persecução de alguns objetivos, questionando se e em que medida esta imposição deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos em termos de exigibilidade. Entretanto, enquanto direitos subjetivos, todos os

⁵³ “[...] essa polêmica se relaciona, entre outros, a problemas distributivos, seu ‘caráter politicamente explosivo’ é facilmente compreensível. Em quase nenhuma área a conexão entre o efeito jurídico e as valorações práticas gerais ou políticas é tão clara, em quase nenhum campo a polêmica é tão tenaz. [...]”

Na polêmica acerca dos direitos a prestações um acordo é dificultado não apenas em razão de concepções fundamentais diversas, mas também em virtude de obscuridades conceituais e dogmáticas fundamentais, caracterizadas, entre outras coisas, por um caos terminológico freqüentemente criticado. **Ibid**, p. 441.

⁵⁴ **Ibid**, p. 444.

⁵⁵ “Entretanto, nem tudo que pode ser encontrado no mercado pode ser objeto de um direito fundamental social. Agrega-se, então, o caráter da importância. Trata-se da concepção formal dos direitos fundamentais que Alexy adjetiva como idéia diretiva (*Leitidee*): os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar.” LEIVAS, Paulo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 88.

direitos à prestação são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e a ação estatal positiva a ser deflagrada.

Sempre que houver essa relação, o titular do direito fundamental tem a *competência* de exigir juridicamente esse direito em virtude de assumir a premissa de que os direitos à prestação tanto quanto os direitos de defesa podem revestir-se de um caráter *prima facie* ou de natureza de princípio.

Esclarece por fim, o resultado proveniente desse caráter e a possibilidade de ser estabelecida uma restrição, ao se concretizar o direito por meio da ponderação, quando então passará a ser definitivo:

“Se às normas que conferem um direito *prima facie* é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização – que ocorre geralmente por meio de sopesamentos –, garantem direitos definitivos. Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. Natureza de princípio e exigibilidade perfeita são, portanto, compatíveis. Isso vale tanto para os direitos de defesa quanto para os direitos a prestações.”⁵⁶

A fim de tentar equacionar essa questão, -- especificamente quanto às normas concernentes a dispositivos fundamentais, sob a designação de direitos sociais fundamentais --, preceitua que tais normas são de um tipo diferente, classificando-as sob três critérios, a saber: 1- normas que conferem direitos subjetivos ou obrigam o Estado só objetivamente; 2- normas vinculantes ou não vinculantes (enunciados programáticos) e 3- normas que podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, ou seja, podem ser veiculados sob a forma de princípios ou de regras.

Estabelece, acrescentando, um rol de argumentos a favor e contra os direitos fundamentais sociais; o primeiro deles, em sentido positivo, assenta-se na garantia da liberdade e, portanto, a liberdade fática é jusfundamentalmente relevante em seu aspecto formal e material.

Ressalta que o Tribunal Constitucional alemão admite a categoria dos direitos fundamentais como expressão de um sistema de valores, cujo ponto central está baseado na personalidade humana, ou seja, na possibilidade de que esta se desenvolva livremente na comunidade social, e em sua dignidade.

⁵⁶ ALEXY, Robert, op. cit., p. 446.

Assim, em confluência com a teoria dos princípios, esse axioma deve ser interpretado considerando que o catálogo de direitos fundamentais expressa princípios tendentes ao desenvolvimento livre e digno do indivíduo, no seio da comunidade social onde estiver inserido, configurando a liberdade fática, ao mesmo tempo e por esta razão, ficam asseguradas as liberdades jurídicas.

Quanto aos argumentos contrários aos direitos fundamentais sociais, preleciona que, se essa espécie de direitos for vinculante, conduzirá a um deslocamento da política social do Parlamento para o Tribunal Constitucional; mas, - apesar de ser aparentemente paradoxal -, se não forem admitidos como vinculantes, será violada a respectiva cláusula de vinculação, com relação aos Poderes Executivos e Legislativos, e, quanto ao Poder Judiciário, haverá a sua configuração como direitos diretamente aplicáveis.

O ponto de partida dessa objeção consiste em considerar tais direitos como não exigíveis em juízo ou, se o forem, serão em extensão reduzida, tendo em vista a imprecisão de seu objeto. No tocante ao argumento sobre a competência do Poder Judiciário determinar o âmbito dos direitos fundamentais sociais, para ele, os tribunais somente podem decidir quando o legislador houver primeiramente exarado uma posição quanto à questão.

Observa por decorrência, o aspecto dos efeitos financeiros, pois a realização das prestações sociais impõe vultosos custos. Por decorrência, a vinculação ao cumprimento destas, conduziria a um esgotamento do orçamento ou à determinação da política orçamentária pelo Direito Constitucional⁵⁷.

Por fim, releva enfatizar sua formulação de um modelo de direitos fundamentais sociais, o qual advém da combinação dos argumentos favoráveis e contrários, acima especificados, seguindo a linha diretiva estabelecida quanto aos direitos fundamentais, isto é, são posições tão importantes que a sua outorga ou supressão não pode ser deixada à discricionariedade da maioria parlamentar simples.

De acordo com sua base teórica, a questão relativa aos direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui em definitivo resolve-se com a ponderação entre princípios, sobrelevando por um lado, o princípio da liberdade e

⁵⁷ALEXY, Robert. *Derechos Sociales Fundamentales*. In CARBONELL, Miguel, PARCERO, Juan Antonio Cruz e VÁSQUEZ, Rodolfo (Compiladores). *Derechos Sociales y Derechos de Las Minorias*. México: Editorial Porrúa e Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p.77.

por outro, o princípio da legitimidade democrática do legislador e da separação de poderes. Aliados a estes, também devem ser levados em conta os princípios materiais, relacionados à liberdade jurídica, a outros direitos fundamentais sociais e a bens coletivos.

A definição de quais são esses direitos é tarefa afeta à dogmática dos direitos fundamentais sociais, mas formula desde logo alguns critérios suficientes para afirmar que uma posição de prestação está definitivamente garantida se:

”(1) O princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.”⁵⁸

Em recente estudo sobre o tema, Rodolfo Arango⁵⁹, por sua vez, concebe seu próprio modelo para o reconhecimento de direitos fundamentais definitivos, visto que considera o modelo de Alexy insuficiente para os casos de omissão estatal absoluta, nos quais o prejuízo aos princípios da separação de poderes e da democracia pode ser grave. Paulo Leivas em sua pesquisa sobre os direitos sociais especifica as condições estipuladas por Arango:

“(1) apresenta-se uma desigualdade fática entre o interessado e outros grupos de endereçados da norma, cuja consequência é a exclusão social do primeiro; (2) uma situação de emergência precisa ser tão urgente que o interessado sofre riscos de modo inadmissível em uma importante posição jusfundamental, por exemplo, no direito à vida e à integridade corporal ou no livre desenvolvimento da personalidade.

A primeira condição corresponde à pertença do interessado a um grupo de pessoas que se encontra em uma situação de desigualdade fática, por exemplo, grupos de trabalhadores, portadores de deficiência, sem-tetos, idosos, etc. Essa situação de desigualdade fática precisa, além disso, ser fundamentada empiricamente, por exemplo, através do diagnóstico da pobreza. Além disso, a situação de desigualdade fática precisa poder ser vista como uma exclusão social (marginalização).

⁵⁸ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 512.

⁵⁹ ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Colombia: LEGIS – Universidad Nacional de Colombia, 2005.

A segunda condição refere-se à urgência da situação da desigualdade fática. Ela precisa ser tão urgente que põe em risco o interessado em outras posições jurídicas. O grau de gravidade da exclusão social determina-se através das conseqüências da situação de urgência, por exemplo, uma ameaça à vida ou à saúde. Além disso, a situação de déficit precisa ser inadmissível para o interessado.”⁶⁰

Com relação às dificuldades de aplicação do modelo alexyano, conforme assevera Paulo Leivas, estas consistem justamente em não ser adequado à realidade de países com baixos índices de desenvolvimento humano, como é o caso do Brasil, onde mesmo a realização dos direitos sociais mínimos, por meio do Poder Judiciário, pode significar uma forte afetação da competência orçamentária do Parlamento.

Prossegue aduzindo que, além disto, sobre a aplicação desses direitos em situações de crise econômica, Alexy reconhece a necessidade de reforço à proteção das posições sociais, mesmo em grau mínimo, pois, “[...] exatamente em nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível.”⁶¹ e “Com essa afirmação, Alexy fornece os elementos para o reconhecimento de direitos fundamentais sociais definitivos em países com nível sócio-econômico similar ao do Brasil”⁶².

2.2.4

Apontamentos sobre a sua exigibilidade.

No tocante à possibilidade de os direitos sociais serem postulados em juízo, grassa a polêmica, consoante algumas observações expendidas no item relativo ao conceito e à definição dos direitos sociais, em decorrência de algumas

⁶⁰LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113.

⁶¹ALEXY, Robert, op. cit., p. 513.

⁶² “Então, nesse segundo modelo alexyano, caso as (1) prestações sociais são exigidas muito urgentemente e (2) os princípios da divisão dos poderes e da democracia (que inclui a competência orçamentária do parlamento) são atingidos gravemente, então são reconhecidos direitos fundamentais sociais definitivos.

Para o reconhecimento de direitos definitivos, nestas circunstâncias, precisamos adotar um modelo triádico duplo. As prestações sociais exigidas muito urgentemente são qualificadas como de importância grave/grave. Os princípios colidentes, em especial a competência orçamentária do parlamento, são atingidos fortemente, mas não a ponto de provocar uma crise financeira muito grave. A intensidade da intervenção nos princípios colidentes é qualificada, então, como grave/leve ou grave/médio”. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op. cit., p. 115-16.

premissas sobre as quais se assentam as características desses direitos⁶³. Tal fato gera uma série de questões, tais como as formuladas por José Reinaldo de Lima Lopes:

“Quais as ações que asseguram, garantem e viabilizam os tais ‘direitos sociais? A quem corresponde o dever reflexo respectivo? A resposta [...] coloca-se na esfera da teoria geral do direito, pois trata do ordenamento de modo geral e de uma categoria jurídica em si, antes de ser um instituto jurídico particular. Coloca-se também na esfera da Teoria do Estado, pois diz respeito às relações fundamentais da organização da cidadania. Coloca-se também na esfera da filosofia do Direito, visto que diz respeito à justificação racional da justiça de uma norma, muito particularmente, à realização da justiça.”⁶⁴

Para o tratamento da questão convém relembrar a clássica definição, fundada na Teoria Geral do Direito, do conceito de direito subjetivo, conforme destacado por Ingo Sarlet, isto é, consiste em uma relação triádica entre o titular do direito, o objeto ou prestação e o devedor (destinatário):

“De modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a idéia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito. Neste sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de Vieira de Andrade, está atrelado “à proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos.” (Cf. J. C. Vieira de Andrade, *os Direitos Fundamentais*, p. 164.)”⁶⁵

No entanto, levando em conta que os direitos sociais concernem a aspectos de distribuição, devem ser consideradas a sua estrutura e natureza para a análise relativa a sua exigibilidade ou justiciabilidade, pois, continuando o questionamento acima referido, José Reinaldo de Lima Lopes discorre a respeito de se considerar os direitos sociais como proposições de direito ou de política.

⁶³A obra de Christian Courtis e Victor Abramovich trouxe uma nova perspectiva sobre a questão ao dissecar a estrutura dos direitos sociais, econômicos e culturais e traçar estratégias para a sua plena justiciabilidade. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madri: Editorial Trotta, 2002.

⁶⁴LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126-127, 1. edição, 2. tiragem. p. 113-114.

⁶⁵SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5. ed., 2005, p. 166-167.

Fundamenta tal premissa na distinção traçada por Ronald Dworkin sobre argumentos de princípios, os quais caracterizam os direitos individuais; e argumentos de política, em cujas bases são estabelecidas a formulação de objetivos coletivos. Mais à frente, continuando seu raciocínio, formula suas próprias indagações sobre onde estariam inseridos os direitos em causa no sistema constitucional brasileiro:

“Os direitos sociais estão como proposições de direito ou de política? Se de direito, trata-se de direitos fundamentais ou particulares?

Tomemos alguns exemplos de direitos sociais expressos na Constituição Federal de 1988. Há uma divisão nos direitos sociais: direitos à seguridade social (saúde, previdência social, assistência social) e outros direitos [...].”⁶⁶

Verifica-se, em razão do exposto, que a questão da exigibilidade dos direitos sociais é bastante complexa, demandando a análise de vários aspectos, os quais serão explicitados quando for abordado o problema atinente à sindicabilidade das políticas públicas.

⁶⁶ Op. cit., p. 125.