O DIREITO À SAÚDE COMO BEM FUNDAMENTAL: CONTRIBUIÇÃO A PARTIR DO GARANTISMO JURÍDICO

Sarah Lais Pauluk (PROVIC/Fundação Araucária/UEPG), Alexandre Almeida Rocha (Orientador), e-mail: professor.alexandre.rocha@gmail.com.

Universidade Estadual de Ponta Grossa/ Departamento de Direito do Estado

Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7), Direito (6.01.00.00-1).

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Direitos Sociais, Efetividade.

Resumo

O Direito Fundamental à saúde é expresso no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, sua tutela pela via judicial não tem contornos nítidos até o momento, o que tende a causar efeitos negativos para o Estado Constitucional de Direito.
Luigi Ferrajoli traz em sua teoria pareceres sobre a efetivação dos Direitos Sociais, de modo que se torna valiosa sua contribuição. Nesta linha, este resumo analisará os principais conceitos do autor, visando relacionar sua teoria à prática brasileira, no que concerne à efetivação do Direito Social à saúde.

Introdução

O Direito Fundamental à saúde é expresso no ordenamento jurídico pátrio desde a Constituição de 1988 (arts. 6º, 198 e seguintes). No entanto, a maneira pela qual ele é efetivado ainda é incerta, sendo comum sua tutela por meio do poder judiciário.
O problema que isso traz refere-se à possibilidade de o juiz intervir em searas que aparentemente competem ao poder legislativo e executivo, considerando a separação de poderes que impera no Brasil (Constituição Federal, art. 2º).
Tendo em vista isso, por meio do método Dedutivo, se buscará trazer os conceitos de Luigi Ferrajoli sobre o atual paradigma constitucional e os Direitos Fundamentais, buscando definir o que ele pensa sobre a garantia destes Direitos – entre eles à saúde, correlacionando sua teoria à prática brasileira.

Revisão de literatura

Para Luigi Ferrajoli os Direitos Fundamentais são aqueles *"direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a "todos" os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir"* (2011, p. 09). Este conceito permite uma classificação com relação aos seus destinatários: (I) Direitos Humanos (todos), (II) Direitos Públicos (cidadãos), (III) Direitos Civis (pessoas capazes de agir) e Direitos Políticos (cidadãos capazes de agir). (FERRAJOLI, 2011, p. 13).
As normas que preveem Direitos Fundamentais são consideradas *garantias primárias* pelo autor, enquanto as normas sobre tutela jurisdicional dos mesmos são consideradas *garantias secundárias*. (FERRAJOLI, 2011, p. 16).
Quando um Direito Fundamental é previsto por uma norma se diz que ele é *vigente* e *válido*, pois obedeceu, respectivamente, aos trâmites para sua criação e está em

consonância com a Constituição; quando ele não é posto em prática, para o autor, não se alcançou sua *efetividade,* sendo estas três categorias – vigência, validade e efetividade – a principal inovação jurídica das hodiernas constituições.
Isso porque após a segunda guerra mundial foram incorporados inúmeros Direitos Fundamentais às Cartas Magnas, visando assim limitar o poder não somente quanto à forma (procedimentos), mas também quanto ao conteúdo de suas decisões, pois naquele conflito restou evidente a disponibilidade de bens jurídicos importantíssimos, por meio da maioria (FERRAJOLI, 2011, p. 43-45). Neste sentido:

> [...] a democracia constitucional, no seu modelo garantista, caracteriza-se, portanto, pela imposição jurídica aos poderes políticos não apenas das formas das decisões, mas também daquela que [...] chamei de esfera do "que pode" e "do que deve ser decidido", para a garantia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos. (FERRAJOLI, 2015, 47).

Ocorre que esta mudança de paradigma, segundo Ferrajoli, enseja um aprimoramento da clássica separação de poderes de Montesquieu, isto é, uma separação entre *funções e instituições de governo* e *funções e instituições de garantia*, "*baseada na diversidade das suas fontes de legitimação: a* ***representatividade*** *política das primeiras [...] e a* ***sujeição*** *à lei, e precisamente à universalidade dos direitos fundamentais [...], das demais".* (FERRAJOLI, 2011, p. 118)**.** No que concerne às funções de garantia:

> [...] as *funções de garantia* das quais se impõe a separação, atualmente se estenderam para além das clássicas *funções jurisdicionais de garantia secundária*, até incluir todas as funções geradas pelo crescimento do Estado social: a escola, a saúde, a previdência e similares. Todas essas *funções administrativas de garantia primária,* não sendo classificáveis dentro da velha tripartição de poderes do século XVIII, desenvolveram-se, de fato, nas dependências do poder executivo sob o rótulo abrangente de "Administração Pública". **Mas é claro que elas, [...] não são legitimadas, como as funções de governo, pelo critério da maioria, mas pela aplicação imparcial da lei e do seu papel de tutela, também contra a maioria, dos direitos fundamentais de todos.** Por isso deveriam ser asseguradas a elas a independência e a separação do poder executivo. (FERRAJOLI, 2011, p. 118) (grifo nosso)

Para o autor (FERRAJOLI, 2011, p. 115), a ausência de instituições de garantia corresponde ao que ele chama de *inefetividade estrutural* ou *lacunas*, as quais apenas podem ser corrigidas pelo poder legislativo; enquanto que violações de garantias por atos ilícitos ou inválidos dão ensejo à *inefetividade contingente* ou *antinomias,* plenamente sancionáveis ou anuláveis por meio do poder judiciário:

> Trata-se, em ambos os casos, de antinomias e de lacunas bem diferentes daquelas [...] que são resolvidas diretamente pelo intérprete com a aplicação do critério cronológico ou daquele de especialidade e com o recurso à analogia ou aos princípios gerais. [...]. **As antinomias e as lacunas estruturais, ao contrário, são vícios, quer dizer, violações legislativas que não podem ser superadas pelo intérprete, mas exigem sempre uma intervenção reparadora: jurisdicional, no caso de antinomias, legislativa, no caso de lacunas.** (FERRAJOLI, 2011, p. 116). (grifo nosso)

De maneira sumária, são essas as contribuições de Luigi Ferrajoli acerca dos Direitos Fundamentais e Direito Social à saúde.

Resultados e Discussão

No Brasil, a saúde é considerada um Direito Fundamental Social (CF, art. 6º) e integra a Seguridade Social (CF, art. 194 e seguintes), sendo um direito de todos e dever do estado, garantido *mediante políticas sociais e econômicas*, conforme prescreve o art. 196, da Constituição Federal.
O art. 197, da mesma Carta, atribui ao Estado o *dever de regulamentar, fiscalizar e controlar* tais políticas. Já o art. 198, por sua vez, impõe que os serviços constituirão um sistema único, que tem como diretriz o *atendimento integral*, com prioridade para as atividades preventivas.
A lei 8.090/90 é responsável pela regulamentação deste Sistema Único de Saúde (SUS). Em seu art. 19-M e 19-P, denota-se que o SUS apenas fornecerá medicamentos cuja prescrição obedeça às diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou, na falta do protocolo, em rol definido pelo gestor federal do SUS. Ainda, o art. 19-O, parágrafo único, estabelece como critérios de eleição dos medicamentos a eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade.
Ocorre que a prática jurisdicional brasileira não tem seguido estas regras, pois há precedentes em que remédios não integrantes desses protocolos e relações são conferidos aos cidadãos, impondo ao Estado o seu custeio.
Os votos isolados – pois apenas alguns ministros já votaram – dos REs nº 566471 e 657718 dão conta da posição assumida por Marco Aurélio, Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin, os quais julgaram pela possibilidade de não se respeitar estas tabelas de medicamento, quando da tutela jurisdicional do Direito Fundamental à Saúde. (NOTÍCIAS STF, 2016).
O mesmo pode ser visto no agravo regimental interposto nas STAs nº 178 e 175, em que o ministro Gilmar Mendes votou pela concessão do medicamento Zavesca (Miglustat) a uma cidadã, o qual tem registro na Anvisa, porém não é incluído na lista do Sistema Único de Saúde.
Pois bem, no que tange ao Direito à saúde, constata-se que no Brasil há tanto garantias primárias quanto secundárias, bem como que a Constituição reconhece a necessidade de o Estado regulamentar a matéria, o que de certo modo já fora feito por meio da Lei 8.090/90.
Igualmente, se vislumbra que o poder judiciário vem tentando fixar parâmetros quanto à tutela deste Direito Fundamental, no entanto, sem seguir o que estabelece a legislação supracitada quanto à concessão de medicamentos.
Outrossim, pode-se afirmar que o Direito Social à saúde se inclui no que Ferrajoli chama de funções e instituições de garantia, cuja existência não está condicionada à vontade política, mas ao *dever legal* de respeito aos Direitos Fundamentais por parte dos poderes públicos.
A implantação de tais funções e instituições de garantia, como visto, é função dos poderes legislativo e executivo – na ausência de poder exclusivo com este objeto, e não do poder judiciário, que apenas detém competência para solucionar antinomias.
Destarte, é possível entender que, à luz do pensamento de Luigi Ferrajoli, o Brasil não tem cumprido fielmente a separação de poderes e o princípio da legalidade, pois de um lado o judiciário vem suprindo lacunas estruturais – que são afetas aos poderes legislativo e executivo, e de outro, o legislativo não vem legislando

especificamente sobre a tutela do Direito à saúde, considerando que é seu *dever legal* proceder desta maneira (função de garantia) e não uma faculdade.

Conclusões

Este resumo teve por objeto a teoria de Luigi Ferrajoli sobre os Direitos Fundamentais e suas implicações nos modelos constitucionais do pós-segunda guerra mundial, notadamente na Constituição brasileira de 1988, quanto ao Direito Fundamental à saúde.
Se conclui que a teoria de Ferrajoli tem aplicação no ordenamento jurídico pátrio, pois a Constituição Federal prevê expressamente o Direito à saúde, o que permite a incidência de seus conceitos de validade, vigência e efetividade, assim como de garantias primárias e secundárias, lacunas e funções e instituições de garantia.
Portanto, a teoria do aludido autor surge como um parâmetro a ser observado para a máxima efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, entre eles o Direito à saúde, pois propõe uma maneira de se tutelar estes direitos, respeitando-se, concomitantemente, regras de limitação e separação de poderes – tão importantes como demonstra a história.
Por tais razões, a teoria de Luigi Ferrajoli merece maior atenção dos juristas pátrios, sendo os dados aqui abordados apenas um demonstrativo da extensa bibliografia do autor, restando grande espaço para a continuidade da pesquisa.

Agradecimentos

Agradeço a Deus, ao professor Alexandre Almeida Rocha e à Universidade Estadual de Ponta Grossa pela oportunidade, assim como a minha família pelo apoio.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim e outros. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

NOTÍCIAS STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275 >. Acesso em: 10 set. 2017.