

A (DES) EFETIVIDADE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

FERNANDO DE MELO BRAGA¹

Resumo: O presente apresenta como fulcro de sua abordagem a análise da (des) efetividade das garantias fundamentais pelo Estado Democrático de Direito, sob a égide da Carta Magna Brasileira, promulgada em 1988, a qual elenca a partir de seu art. 5º, um rol de direitos e garantias fundamentais. A referida abordagem se centrará em analisar situações em casos concretos, onde será examinado o provimento ou desprovimento de alguma tutela que chegou a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Diante desta circunstância, ponderar-se-á a ação desta corte para efetivação destas. Este objetivo encontra suporte na necessidade de examinar os fundamentos que permeiam a tutela a ser decidida pela referida corte. Além disso, obter meios para se pensar em um viés objetivo para tratar destas questões. Para tanto, vale ressaltar e este trabalho fará isso, que há uma relativização destas garantias fundamentais, não sendo toda tutela acobertada pelo judiciário. Ressalte-se que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição sem, contudo, desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito. Nesta análise, será indiscutivelmente imprescindível a utilização do princípio da concordância prática ou da harmonização, uma vez que, de certo, surgirão conflitos de direitos. No surgimento destes conflitos, será necessário coordenar e combinar os bens jurídicos em litígio, evitando o sacrifício de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. Este regime jurídico busca proteger tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas. Desta forma, proceder-se-á a reflexão da (des) efetividade das garantias fundamentais, as quais visam instrumentalizar o acesso aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: *Direitos Fundamentais. Relativização. Constituição.*

A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988, resultado de uma participação popular, onde o povo escolhe os seus representantes, para deles, esperar uma atuação que dignifique a alcunha dirigida à Carta Magna de 1988, de “Constituição Cidadã”, apresenta um rol de direitos e garantias fundamentais contidas.

Estes direitos e garantias contidos no título II da CF/88 apresentam fundamental importância para limitar a atuação estatal, uma vez que o povo delega o poder aos seus representantes, objetivando uma tutela de seus anseios de forma a atender suas reais e imediatas necessidades.

A constituição como uma norma sintetiza os direitos e garantias, os quais são de aplicabilidade e eficácia imediata, pois tratarão de circunstâncias que norteiam o bom e

¹ Acadêmico de Direito da *Faculdade Luciano Feijão* (FLF).

efetivo desenvolvimento social. Neste escopo, é plenamente observável que o princípio da dignidade da pessoa humana faz imperar o conteúdo da constituição, enquanto norma-síntese dos direitos e garantias fundamentais.

É plausível considerar que um princípio não se sobrepuja a outro. Contudo, anterior a tal raciocínio, encontra-se o direito à vida. Nesta concepção, este direito deve ser exercido de forma digna. Moraes (2010, p. 33) diz:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o interprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática* ou da *harmonia*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito do alcance de cada qual.

Esta harmonização principiológica é fundamental para não haver uma subordinação entre os objetos defendidos por cada princípio, que, por muito tempo, desde a formação das organizações sociais, fundou-se em destaque em determinada época. Tal fato obrigou a tentativa de harmonizar os objetos dos princípios, para que cada situação descrita e defendida obtivesse seu destaque, em cujo momento histórico isso fosse necessário em virtude de representar algum anseio de dada sociedade.

Isto se confirma com a mudança havida entre os séculos, pois, como diz Moraes (2010, p. 31):

o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.

Esta situação descrita acima fundamenta o art. 6º, da CF/88: (...) “Art. 6º- São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”²

Comprova-se, então, que as mudanças sociais são responsáveis pela formação da estrutura normativa regente das relações inter-individuais. Isto encontra suporte na sistemática de formação do ser humano e sua passagem pelas gerações e época. Aqui, vislumbra-se a sensibilidade daqueles responsáveis e outorgados pelo povo em garantir à limitação do estado democrático de direito.

² Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010.

A limitação estatal se dá no respeito aos direitos e garantias fundamentais constantes na Carta Constitucional de 1988. A imposição das limitações encontra suporte graças aos fatos históricos mundialmente conhecidos, especialmente no que tange ao desrespeito a tais circunstâncias, como também a inoperância estatal em alguns casos na oportunização do acesso a serviços de competência do estado o seu fornecimento.

Assim a efetividade de uma garantia fundamental está adstrita ao cumprimento efetivo do texto que a descreve como medida assecuratória de um direito. Para tanto, não basta somente dizer ou assegurar, é preciso que haja um trabalho de conscientização dos responsáveis por tal situação a fim de respeitar um ganho histórico, como também uma obrigatoriedade que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, faz-se mister efetivar.

Isto está inscrito no percurso histórico da humanidade, onde tais garantias e direitos foram conquistados e estão incorporados à condição humana. Esta concepção representa um direcionamento doutrinário jusnaturalista, ou seja, é natural homem ter uma saúde que possibilite a garantia de perpetuação de sua vida, por exemplo.

Desta forma, a Constituição Brasileira de 1998 traz em seu bojo elementos indispensáveis ao fiel cumprimento e efetivação do anseio do povo, titular do direito, que ora outorgou a seus representantes eleitos democraticamente, o viés obrigatório de tornar efetivas as obrigatoriedades estatais historicamente conquistadas.

AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO ESTATAL NO ACESSO À SAÚDE

Imerso no texto constitucional de 1998 estão várias garantias fundamentais conquistadas ao longo do percurso histórico do Estado Brasileiro, cujo rol tem aplicabilidade imediata, devendo, pois, a depender do direito ou garantia questionado, a estrutura estatal fazer cumprir o que preceitua o ordenamento jurídico que trata deste assunto.

Diz a CF/88:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Embora sejam fundamentais para a perpetuação da espécie humana, como também corolário para propiciar uma vida digna, muitas vezes, o Estado se furta a efetivar tais direito

e/ou garantias. Pauta-se na chamada “cláusula da reserva do possível”, argumentando que, em determinadas situações, não pode arcar com o ônus.

Tal argumentação está centrada em alegar a insuficiência de recursos para a efetivação de determinada garantia ou direito, na tentativa de afastar qualquer manifestação do Poder Judiciário, desde que se comprove, em tese, a ausência de recursos orçamentários. No entanto, vê-se que, em alguns casos, o judiciário é acionado com o objetivo de efetivar o exercício de um direito já garantido.

A doutrina mais comum considera a cláusula da reserva o possível um princípio implícito, o qual assegura a atuação do Estado no que lhe compete relacionado aos direitos sociais, ou seja, o poder público atuando no intuito de tornar estes direitos efetivos. No entanto, há um limite, ou seja, o financeiramente possível.

Segundo Alexandrino (2010, p. 243), “Esse princípio não significa um “salvo conduto” para o estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de que não “existem recursos suficientes”. Sendo assim, cada caso deve ser avaliado conforme as circunstâncias que lhe são peculiares. Desta feita, evitar-se-ia um caos constitucional, onde se prevê algo, mas se age de forma diferente ao bel prazer da discricionariedade do poder público.

Assim pensa o Supremo Tribunal Federal: “a Carta Política não autoriza o Poder Público a invocar de forma irresponsável a ‘reserva do possível’, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade.” (ALEXANDRINO, 2010, p. 243)

O que se observa nesta situação é que o judiciário é acionado para dar a resposta ao anseio da população referente à omissão do Estado, uma vez que deturpa o conteúdo constitucional em detrimento de pessoas que apresentam uma necessidade, muitas vezes, descoberta, por exemplo, por um sistema de saúde.

Para muito, poderia estar havendo uma afronta ao sistema de freios e contrapesos, como também a independência dos poderes constituídos constantes da CF/88 (art. 2º). Todavia ao Poder Judiciário é concedida a competência para resguardar o direito da população, isto é, obrigar o Poder Executivo a agir quando inerte, uma vez que é dever do Estado garantir e amparar os mais necessitados.

Em virtude desta situação se um poder não atua dentro de suas obrigações, faz-se necessária o acionamento do outro poder, no caso o judiciário, para buscar a solução da lide.

Logo, são cabíveis ao Poder Público, a diminuição da desigualdade social e a implementação de medidas que garantam a vida digna às pessoas.

O direito à saúde é direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Desta forma, não pode o poder público, sob quaisquer alegativas, deixar de suportar o ônus legalmente conferido pelo ordenamento jurídico, em especial, pela Constituição Federal.

No entanto, a atuação do judiciário encontra limites. Tais imposições estão inscritas em se observar se há alguma política estatal que abranja o pedido ou a prestação ora solicitada e não atendida. Caso o pleito esteja abarcado pela atuação do Estado, em fornecer o serviço público de forma atender à coletividade, vislumbra-se uma ineficácia da manifestação judicial.

Entretanto, caso não esteja no rol de ações positivas e, mesmo estando, não esteja atendendo a contento a população, deve o poder judiciário atuar. Esta atuação não tem como fundamento criar uma política pública ou demonstrar que o referido poder está por exercer a função típica do Poder Executivo, mas, de forma atípica, garantir o fiel cumprimento do direito subjetivo concernente a determinada serviço de natureza coletiva.

Assim se a prestação de saúde pleiteada³ não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação. Vê-se que, conforme este posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, a atuação do estado, com relação a esta questão, fica com um nível de discricionariedade baixo. Logo, se a negativa não se enquadrar nos requisitos elencados, o estado não pode se eximir de sua obrigação.

Todo ato administrativo, em sua essência, deve ser motivado, isto é, devem ser indicados os fatos e fundamentos jurídicos, como bem descreve a Teoria dos Motivos Determinantes. Contudo, o que se pode utilizar enquanto motivo se a própria Constituição Federal de 1988 preceitua e trata a saúde como um direito subjetivo social fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Por este fato, podem ser observadas mais duas situações bem distintas sobre o não fornecimento de tratamento de saúde não abrangido pelo Estado: “1º- o SUS fornece

³Apelação Civil nº 408729/CE.

tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º- o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.”

Mesmo que a CF/88 exija para a prestação de saúde, que o Estado se utilize de políticas públicas e econômicas, isto não o exime de atender as necessidades em cada caso, observando as peculiaridades com vistas a garantir o direito à saúde. Logo, estar-se-á diante de situações que, muitas vezes, nem o próprio tratamento fornecido pelo SUS apresenta eficácia.

Segue esta linha de pensamento Miranda (2000, p. 392):

I - A efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende também, e, sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como - o que nem sempre é suficientemente tido em conta - dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros.

Dentro deste parâmetro, a administração pública se furta de atender estas necessidades. Diante disto, a população procura o Poder Judiciário com o objetivo de seu anseio tutelado. Para fundamentar e corroborar os questionamentos e argumentos já apresentados é transcrito segue abaixo um caso concreto.

DADOS FÁTICOS

“a) a interessada, jovem de 21 anos de idade, é portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como, “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas” (fl. 29);

b) os sintomas da doença teriam se manifestado quando a paciente contava com cinco anos de idade, sob a forma de dificuldades com a marcha, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfagia (fl. 29);

c) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C (fl. 30);

d) a família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês; e

e) segundo o acórdão impugnado, há prova pré-constituída de que o medicamento buscado é considerado pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade (fl. 108).”⁴

Neste caso, a interessada demonstrou a sua real necessidade do medicamento. Além disso, este era o único que a possibilitaria alargar sua expectativa de vida. Mas o poder público não queria fornecer por se apresentar um valor financeiramente alto. No entanto, não é fato que o desobrigue da prestação positiva.

Desta forma, o judiciário foi acionado para dar provimento jurisdicional à tutela pretendida (fornecimento do medicamento), posicionando, o ministro Gilmar Mendes: “assim não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas a ensejar a adoção da medida excepcional da tutela antecipada.”⁵

Em contrapartida a posicionamentos desta natureza, muitas pessoas que não estejam salvaguardadas pelo manto das decisões do STF, ficam a mercê da inoperância estatal. Muitas ficam subjugadas a argumentos como a “reserva do possível”, ou até mesmo, a situações que apregoem a escassez de recursos que, por sua vez, que atuará em detrimento de muitos.

Neste escopo de fazer fluir uma garantia originadora de um direito diz Canotilho (1993, p. 534): “Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de «tudo ou nada»; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a «reserva do possível», fáctica ou jurídica.” Observa-se que o almejado é a melhoria do serviço prestado, isto é, aumento na qualidade de aproveitamento do bem o garantia jurídicos.

Apesar de serem legalmente constituídos e conquistados historicamente, os direitos e garantias fundamentais não gozam de prioridade por parte dos administradores. Muitas vezes, nem mesmo o essencial é oferecido à coletividade. Embora seja discricionária a forma ou meios utilizados para efetivar um garantia, cujo objetivo será o acesso a um direito público subjetivo, tal efetivação é uma obrigação constitucional.

É por isso que em muitas ocasiões o Poder Público sofre sanções aplicadas pelo órgão jurisdicional. Este procedimento visa obter, de quem deve atuar o cumprimento das obrigatoriedades legais já historicamente previstas. Para tanto, a melhor pintura deste cenário guarda importância na forma como os legitimados, ou seja, o povo, exerce sua titularidade de direitos, outorgando-os aos seus representantes.

⁴ Apelação Civil nº 408729/CE

⁵ *Idem.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda sociedade procura viver de forma digna. Assim é natural que o Estado tenha o um papel fundamental de garantidor do cumprimento de princípios constitucionais relacionados aos direitos e garantias fundamentais. Sendo certo que, o direito à saúde integra o direito à vida. Tal fundamento encontra suporte no desígnio de proporcionar a cada cidadão o garantismo estatal da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no caput do seu art. 5º, garante a todos os brasileiros e estrangeiros, sem distinção de qualquer natureza, à inviolabilidade do direito à vida, sendo este direito primário, garantindo-se a essência dos demais direitos e princípios constitucionais.

O ordenamento jurídico brasileiro é centralizado nos direitos fundamentais, sendo a dignidade da pessoa humana o foco de onde se irradia os demais direitos. Por este prisma, toda e qualquer violação a garantia que enseje um declínio deste princípio-mor, estar-se-á diante de um descumprimento dos preceitos constitucionais historicamente conquistados.

Ressalte-se que, para se chegar a esta conclusão, um juízo de ponderação ou harmonização principiológica deve se fazer atuante na discussão da efetividade de uma garantia, a qual ensejará no exercício de um direito público subjetivo. Para tanto, o Poder Público não pode se eximir de agir na efetivação daquilo a que a coletividade a ele delegou por meio de seus representantes legalmente constituídos.

Nesta esteira, a Carta Cidadã de 1988 consagra o direito à saúde como algo essencial ao cidadão. Desta forma, fica ao Estado o dever de promovê-lo mediante políticas públicas positivas, as quais carregarão em seu bojo, de forma indistinta, o cidadão, sempre com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais, e como tema central à ideia de justiça social.

Sendo assim, por mais que se alegue a “reserva do economicamente possível”, como elemento que limite a atuação estatal no processamento das garantias e direitos fundamentais, não pode o Estado se furtar de, no caso concreto, preservar a saúde dos cidadãos.

Vislumbra-se que, para tanto, e observando a inércia injustificada do Poder Público, o órgão jurisdicionado atua para fazer cumprir as prescrições fundamentais inscritas na CF/88. Aqui não se está a criar políticas públicas, mas, de modo estrito e direcionado, determinando o seu cumprimento. Assim é perceptível a existência de um direito público subjetivo inscrito em uma política de promoção à saúde.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. COIMBRA: Revista LIVRARIA ALMEDINA, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Ed. 25. São Paulo: Atlas, 2010.

VICENTE, Paulo. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.