

ASPECTOS DO DIREITO À SAÚDE

Nelson Malzoni

1ª Edição



Malzoni, Nelson

ASPECTOS DO DIREITO À SAÚDE /
Nelson Malzoni. - São Paulo, 2020.

655 f.

Obra Técnica – Área Jurídica – 01ª Edição, São
Paulo, 2020.

Editora: Clube do Autor

1. Saúde. 2. Direitos Fundamentais. 3.
Ativismo Judicial.

O AUTOR

Cidadão Emérito de Sorocaba/SP, nascido aos 12.10.1982, o Dr. Nelson Malzoni é Advogado, Escritor, Poeta, Jurista, Conciliador, Mediador, Psicanalista, Pesquisador, Historiador, Professor, Empresário, Consultor, Parecerista, Gestor Administrativo, Tutor e Conteudista Acadêmico, Assessor Jurídico, Coach, Palestrante e Consultor Empresarial.

É autor de 40 livros publicados (que totalizam 10.252 páginas escritas) e diversas antologias e livros como coautor. Também é autor de quase 3 mil poemas e leitor de 3.474 livros (até Maio de 2023). Tem inúmeros projetos literários e culturais em andamento. Com 40 anos de idade, realizou 392 cursos certificados, que vão de 10h a 5 mil horas de duração cada um. Fez cursos de inglês, espanhol, italiano, francês, alemão, latim, aramaico, esperanto e grego. É membro da Academia Sorocabana de Letras e mais 26 Instituições Culturais ou Jurídicas no país, além de Presidente e Fundador da Academia dos Intelectuais e Escritores do Brasil que reúne mais de 100 grandes expoentes culturais e educacionais em todos os cantos do país.

PREFÁCIO

Este livro trata-se de uma revisão bibliográfica com abordagens conceituais e práticas. trata-se, sobretudo, de uma revisão teórica sobre os principais assuntos abordados no sumário. Uma revisão despretensiosa e contributiva ao tema. O desejo é somar forças ao avanço e enriquecimento dos debates dali nascidos – e necessários.

Um auxílio geral à estudantes e leitores comuns. Uma contribuição singela aos profissionais de saúde, que porventura se mostrem desejosos de compreender maiores detalhes referentes aos Direitos Fundamentais, Gestão Orçamentária, Reserva do Possível, Mínimo Existencial, Ativismo Judicial, etc.

Ao término de cada unidade, são postadas as referências bibliográficas propícias e atinentes às matérias ali explanadas. São obras e estudos anteriores muito úteis para um maior aprendizado e uma mais ampla visão acerca das matérias.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - GESTÃO ORÇAMENTÁRIA E POLITICAS PUBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.2 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.3 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO DIREITOS A PRESTAÇÕES

1.5 AS NORMAS CONSAGRADORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS E SUA EXIGIBILIDADE

1.7 A BUSCA PELA REFORMA DO ESTADO

1.8 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.9 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E O DEVER DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

1.10 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A RELAÇÃO ESTADO-CIDADANIA

1.11 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

1.12 O ORÇAMENTO PÚBLICO

1.13 MARCOS LEGAIS E INSTITUCIONAIS

1.14 LEIS ORÇAMENTÁRIAS

1.15 PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS

1.16 ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

1.17 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O
CONTROLE DOS GASTOS PÚBLICOS

1.18 DIREITOS FUNDAMENTAIS E GESTÃO
ORÇAMENTÁRIA

1.19 A PRÁTICA ORÇAMENTÁRIA NOS MUNICÍPIOS
BRASILEIROS

1.20 BIBLIOGRAFIA DO CAPÍTULO I

CAPÍTULO II - RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

2.1 TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS

2.2 DIREITO À SAÚDE E CUSTOS DOS DIREITOS

2.3 NECESSIDADE DE RECURSOS PÚBLICOS PARA
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

2.4 RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DAS
LIMITAÇÕES DO ESTADO

2.5 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

2.6 RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

2.7 DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.8 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL

2.9 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO LIMITE À RESERVA DO POSSÍVEL

2.10 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

2.11 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

2.12 DIREITO À SAÚDE

2.13 A PROBLEMÁTICA DOS TRIBUNAIS

2.14 OS DESAFIOS ATUAIS DE NATUREZA ORÇAMENTÁRIA E A OMISSÃO ESTATAL

2.15 BIBLIOGRAFIA DO CAPÍTULO II

CAPÍTULO III - A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DEVER DE FUNDAMENTAR

3.2 A DECISÃO JUDICIAL: CONCEITOS E ESPÉCIES

3.3 ELEMENTOS OU REQUISITOS DA DECISÃO JUDICIAL

3.4 VÍCIOS DA DECISÃO JUDICIAL

3.5 DECISÃO JUDICIAL NÃO MOTIVADA E SUAS FORMAS DE IMPUGNAÇÃO

3.6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

3.7 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

3.8 ILICITUDE DA PROVA E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

3.9 CONCEITO DE JURISDIÇÃO E SUA EFETIVIDADE

3.10 TIPOS DE JURISDIÇÃO

3.11 OS TRIBUNAIS COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

3.12 SUBVERSÃO À ATIVIDADE DOS TRIBUNAIS

3.13 CONTROLE JURISDICIONAL

3.14 O ATIVISMO JUDICIAL

3.15 BIBLIOGRAFIA DO CAPÍTULO III

CAPÍTULO I - GESTÃO ORÇAMENTÁRIA E POLITICAS PUBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde sua origem a partir dos anos 70, o déficit público vem sendo mal administrado, o que desarticulou a economia interna e trouxe graves consequências. E isto não tem sido resolvido ao contrário com as despesas governamentais superando sistematicamente as receitas a dívida pública aumentando como uma bola de neve. Se por um lado à origem da dívida pública resultou da opção governamental de financiar o crescimento econômico do país com recursos externos, não é menos verdade que a mais importante causa do déficit consolidado do setor público deriva do excesso de dispêndio do setor estatal com encargos financeiros, subsídios e custeio da máquina administrativa.

A partir de agora o grande desafio das autoridades econômicas será sem dúvida a formulação de uma estratégia efetiva de redução do déficit do setor público, que exige decisões difíceis e corajosas. O problema fundamental do déficit se prende à questão de como

financiá-lo. O Plano Real trouxe a estabilização econômica, fator muito importante para o país, mas não é só isso, a economia interna está precisando uma reforma tributária séria, aumento de crédito ao setor privado, queda dos juros reais, o que sinalizará para a retomada do crescimento. Haverá a partir de então estímulo à geração de poupança interna e o Brasil se transformará na grande nação que todos querem. Portanto, a Transparência dos Gastos Públicos vem cada vez mais se firmando como a nova ferramenta para o controle dos gastos públicos, sendo de fundamental importância para a melhoria da qualidade e eficiência dos serviços públicos. Através de um breve relato sobre o atual modelo da Administração Pública, observa-se que, ao longo dos anos, houve alterações consistentes na forma de administrar e de se obter resultados. Com a Reforma do Estado, a cada dia mais, vem sendo introduzido o modelo da Administração Gerencial, a qual busca resultados focados na eficiência e na transparência.

O acelerado crescimento das relações sociais, aliado ao aumento das desigualdades decorrentes deste crescimento, faz com o Estado tenha uma maior

participação na efetivação dos direitos fundamentais. Ocorre que, para a garantia de tais direitos é necessário o desembolso de recursos financeiros. Diferentemente do particular, o Estado está adstrito ao cumprimento de suas metas e obrigações previamente estipuladas em Lei, por força da aplicabilidade do princípio da legalidade, fato que, pode resultar numa desatenção integral às políticas públicas previamente estabelecidas. Em função desse não cumprimento integral de tais políticas sociais, o Poder Judiciário vem assumindo o papel de executor, ao determinar que se atenda determinado indivíduo sem a observância de critério técnicos, especialmente, orçamentários e financeiros. Destarte, diante do aumento considerável de intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo é que se faz necessário tecer as considerações sobre a aplicação do princípio da reserva do possível, já que este sugere a ponderação na judicialização da política, afim de que se observe, de forma proporcional e razoável, as limitações orçamentárias / financeiras previamente estabelecidas em lei. A realidade constitucional pátria vem arraigada cada vez mais de uma cultura, a qual necessita aplicabilidade e uma efetividade

por parte das normas constitucionais, a nação deve recorrer de meios junto ao Poder Judiciário para que possa efetivamente concretizá-las. Todavia, é de responsabilidade do Estado à garantia de tais ações por meio da efetivação de políticas públicas e da aplicabilidade e efetividade do texto Constitucional brasileiro, garantindo a todos um mínimo existencial de dignidade.

O Poder Judiciário deixou de lado a postura passiva, passando a adotar decisões efetivas em busca de soluções que visam concretizar tais direitos. Ademais, verifica-se que a função dos Magistrados, bem como dos atores do direito, portanto, é decisiva no que se refere à concretização dos direitos fundamentais em nosso país, devendo acirrar, inevitavelmente, os impasses por que vem passando o Estado, ao mesmo tempo em que irá impulsionando as reformas estruturais necessárias para se fazer frente às demandas sociais cada vez mais crescentes.

Os direitos sociais foram dirigidos aos indivíduos mais na perspectiva de grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem do que tomados

isoladamente, como cidadãos livres e anônimos. Ao passo que os direitos fundamentais individuais têm um autor que pode reivindicá-los, os direitos sociais representam uma coletividade.

O Estado tem o poder de limitar os direitos sociais, logo é o único que pode concretizá-los. Ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser 'atribuídos' aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação.

Os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios. Os direitos sociais são politicamente

editados com o objetivo de socializar riscos, neutralizar perdas e atenuar diferenças, mediante tratamentos diversificados por parte das múltiplas instâncias do setor público. Nas sociedades não tipicamente tradicionais e fracamente integradas, sujeitas a fortes discriminações socioeconômicas e político-culturais, como a brasileira, as declarações em favor dos direitos humanos e sociais têm uma função apenas tópica, retórica, ideológica nos textos constitucionais. Elas tendem a ficar apenas enunciadas e/ou propostas com o intuito de forjar as condições simbólicas necessárias para uma assimilação acrítica da ordem jurídica, além de exercer um importante papel de instrumento ideológico de controle das expectativas sociais.

1.1 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Faz-se mister salientar o uso mais recente da expressão “direitos humanos fundamentais” por alguns autores. Para esses autores há uma conexão entre os direitos humanos em nível internacional e os direitos fundamentais. Pérez Luño adere a expressão “derechos

humanos” e justifica como sendo a limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948, foi criada, primordialmente, para garantir uma maior igualdade entre os povos. Outras cartas de direitos a precederam, porém, a Declaração foi o primeiro documento a estabelecer um objetivo comum, a ser atingido por todas as nações. Seus artigos possuem princípios universais, indivisíveis e interdependentes, mesmo assim, a Declaração não conseguiu atingir seu ideal plenamente. Até hoje, muitas são as violações contra o ser humano, e a ineficácia do governo na aplicabilidade da lei e na apuração de denúncias, acaba agravando esta situação. A busca da igualdade é um dos mais marcantes significados, dos seus 30 artigos. E também a consolidação de liberdades, conquistadas por toda a humanidade. (BOBBIO, 1992).

Neste aspecto Bobbio (1992, p.94) afirma:

No que se refere às novas formas de defesa das velhas liberdades, é preciso

assinalar a tendência, que se manifestou logo após a Segunda Guerra Mundial, no sentido da proteção internacional dos direitos do homem, aos quais remete, desde seu Preâmbulo, o Estatuto das Nações Unidas. Com a Declaração Universal dos Direitos do homem, aprovada pela em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia das Nações Unidas, foi feita a primeira tentativa de universalizar – ou seja, de estender a todos os povos da terra - aqueles princípios de liberdade que foram afirmados pelas primeiras Constituições liberais no interior dos limites de cada estado nacional. Essa universalização dos direitos do homem, apenas enunciada e solenemente proclamada deveria ser o pressuposto natural de sua garantia internacional.

Outro questionamento existente acerca da Declaração Universal dos Direitos Humanos é sobre sua universalidade, ancorado no argumento de que a declaração impõe valores ocidentais que não são partilhados por outras sociedades. Quanto a esse questionamento, convém salientar que no processo de sua elaboração foram consultados os principais pensadores da época, representantes de distintas

culturas e correntes filosóficas. O texto adotado resultou de um esforço de negociações diplomáticas, para acomodar as mais diferentes concepções dos Direitos Humanos, também tomaram parte das negociações e na votação, as delegações de países de diferentes regiões. (BOBBIO, 1992).

Por isso, segundo Bobbio (1992, p.28) a Declaração Universal dos Direitos Humanos assume definitivamente, um caráter universal, pois:

Com essa declaração, um sistema de valores é - pela primeira vez na história - universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade - toda a humanidade - partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.

Porém, segundo Bobbio (1992, p.05) “é necessário ressaltar também que existem outros diplomas que constituem a arquitetura internacional dos Direitos Humanos e abrigam uma contínua inclusão de direitos, foram se aderindo como simples especificação daqueles direitos contemplados na Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Assim, entende o autor que:

A defesa da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos é essencial para a construção de uma sociedade pacífica e para o progresso integral dos indivíduos, povos e nações. A afirmação desta universalidade e indivisibilidade não exclui, de fato, legítimas diferenças de ordem cultural e política na atuação dos diversos direitos, contanto que se respeitem em cada caso os níveis fixados pela Declaração Universal para a humanidade inteira. Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

De 14 de junho de 1993 foi realizada a Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena, numericamente, a maior concentração já vista sobre o tema. Formou 10.000 (dez mil) indivíduos mobilizados exclusivamente à questão dos Direitos Humanos, nos 15 dias do evento. Esta mobilização contribuiu substancialmente para consolidar e difundir com a importância dos “temas globais”, de interesse para toda humanidade. Porém, é válido mencionar que, ao longo de todo período preparatório da Conferência, a situação internacional, deteriorou-se significativamente. A vitória aliada na Guerra do Golfo não trouxe estabilidade à região; a Iugoslávia esfacelou-se em conflitos armados; o fim da União Soviética aumentou a instabilidade internacional; a crise econômica internacional agravou-se; o desemprego cresceu e o racismo xenofóbico europeu tornou-se mais ameaçador. (BONAVIDES, 2008).

Observa-se que o clima que a Conferência teve início foi de total descrédito. Além do que, na fase das negociações ocorreram diversas discórdias, o que levaram muitos a crerem que a Conferência Mundial não

se realizaria, ou, pior, a temerem que, caso se realizasse, representasse um retrocesso para os direitos humanos. No entanto, a Conferência realizou-se e mais do que isso, conseguiu atingir seu principal objetivo: A Declaração de Viena foi aprovada por todos e, hoje, constitui um avanço importante no tratamento internacional dos direitos humanos, sendo que é o documento mais abrangente adotado consensualmente pela comunidade internacional. A declaração foi a reafirmação da universalidade dos direitos humanos, tendo conferido caráter efetivamente universal aos direitos definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. (BONAVIDES, 2008).

Além de abranger temas como: o direito à autodeterminação, reconhecimento da legitimidade da preocupação internacional com a promoção e a proteção do direito ao desenvolvimento, entre outros, a Declaração de Viena, em sua parte declaratória conceitual, possui elementos importantes de condenação a todas as formas e manifestações de terrorismo, inclusive sua associação em alguns países ao tráfico de drogas, como atentatórias aos direitos humanos; a atenção dedicada ao racismo e à xenofobia; a ênfase atribuída, serem agora objeto de

atenção específica em todas as atividades das Nações Unidas; as partes dedicadas à criança, às minorias, aos indígenas aos refugiados; a condenação veemente e a exigência de punição aos responsáveis por violações maciças de direitos humanos, incluindo no mesmo nível do genocídio as práticas de “limpeza étnica” e estupro sistemático de mulheres em situações de guerra; o reconhecimento da importância do papel das ONG’s na luta pelo respeito aos direitos humanos. (BONAVIDES, 2008).

Seria inviável abordar nesta sucinta exposição todos os aspectos conceituais e programáticos relevantes da Declaração de Viena, é necessário, contudo, apenas frisar que o estabelecimento da interdependência entre democracia, desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos, foi um dado novo essencial que inspirou e orientou todo o documento, sendo de suma importância para a temática dos direitos humanos e internacional. (BOBBIO, 1992).

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais do homem são aqueles que nascem da própria condição humana. E por tal condição o indivíduo é titular de certos

direitos, atualmente previstos no ordenamento constitucional, os chamados direitos fundamentais. Faz-se mister salientar que esses direitos não são os mesmos em todas as épocas. Os direitos humanos são frutos de momentos históricos diferentes. Faz-se indispensável a junção de condições sociais e históricas para que haja a elevação de um direito à categoria de fundamental. (MENDES, 2009).

As concepções cristãs abriram caminho para a necessidade de submeter o positivismo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza do homem. Tem-se o cristianismo como marco impulsor para a idéia de dignidade do homem, que aspirava por ele mesmo uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a idéia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo. (MENDES, 2009).

1.2 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são tratados dentro de uma ótica interpretativa que se vincula à leitura da Constituição. Entretanto, os direitos fundamentais não se esgotam numa mera interpretação, mas sim, numa concretização. (SILVA, 2001). Pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 é um marco divisor de águas. Observa-se que os direitos fundamentais são positivados no início da Constituição. Nota-se que tais direitos possuem valores superiores a toda ordem constitucional e jurídica. A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais.

Os Direitos fundamentais na Constituição em sentido formal e material, podem ser definidos como aquelas posições jurídicas do indivíduo consagradas no catálogo dos direitos fundamentais em sentido amplo. Os direitos fundamentais em sentido material são aqueles que apesar de não se encontrarem dentro do rol constitucional, por sua importância e relevância são

equiparados aos direitos formalmente fundamentais. (MENDES, 2009).

Atualmente no Direito brasileiro, encontra-se um momento adequado para a discussão a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, visto que a Constituição em vigor, de alguma maneira alterou o quadro dos direitos fundamentais especialmente, no artigo 6º, os nominou reportando-se ao direito à proteção da saúde, ao direito ao lazer, à moradia, à educação, à previdência, entre outros. Assim, uma nova configuração dos direitos fundamentais, apontados como sociais exige uma abordagem eloquente a respeito de sua eficácia. Por força do disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, todos os direitos fundamentais podem ser considerados normas diretamente aplicáveis e alcançar sua plena eficácia independentemente de qualquer ato concretizador. Porém, isto deve ser visto com bastante cautela.

Sobre o assunto disserta, Ingo Sarlet (2001, p. 249):

“... somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da

premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais...”

Enquanto os direitos de defesa pedem da máquina estatal um comportamento preponderantemente negativo, necessitando, assim, das abstenções do Estado, os direitos sociais objetivam a conduta positiva do Estado. Encontram-se atrelados aos objetivos de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, assim como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem. (MENDES, 2009).

1.3 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos e fundamentais foram evoluindo com o passar dos anos, de modo que nos primeiros documentos em que foram encontrados, os mesmos privilegiavam somente a nobreza, dando a tal classe direitos e garantias que eram “negados” ao restante da sociedade. Conforme o professor Ingo W.

Sarlet o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. (SARLET, 2001).

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quando no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Neste momento passaram a surgir as denominadas gerações dos direitos fundamentais. No entanto, cabe destacar que alguns doutrinadores preferem a utilização do termo “dimensões”, já que “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual

optam pelo termo alternativo. (SARLET, 2004). Os direitos fundamentais foram divididos em três grandes gerações, na qual cada uma está conforme os ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). No entanto há autores que defendem a ideia de que exista um número maior de gerações, havendo, ainda, a existência de uma quarta geração e até mesmo de uma quinta, sexta e sétima geração. (OLIVEIRA JR, 2000).

Para se ter um panorama geral das gerações de direito, cita-se José Alcebíades de Oliveira Júnior (2000, p.85-86):

Para que melhor se possa compreender a condição de sujeito de direito e cidadão, é preciso considerar o que Bobbio denomina de uma evolução histórica e sucessiva dos direitos e que teria passado pelas seguintes fases:

1^a Geração: os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala o professor italiano, esses direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos

súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.

2ª Geração: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta. Trata-se da passagem das liberdades negativas, de religião e opinião, por exemplo, para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado.

3ª Geração: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica.

4ª Geração: os direitos de manipulação genética relacionados à biotecnologia e bioengenharia, que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia.

5ª Geração: os advindos com a chamada realidade virtual que compreendem o grande desenvolvimento da

cibernética na atualidade, implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet.

Tratando mais especificamente de cada uma das gerações, se pode observar que os direitos de primeira geração são originados basicamente pela influência dos ideais iluministas dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, inaugurando o período de reconhecimento da liberdade dos indivíduos frente ao Estado. (ALMEIDA JR., 2007). São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo assim as denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, de imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, relevando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Nota-se neste momento os direitos à ação negativa do Estado, que correspondem àquilo que comumente é chamado de “direitos de defesa”, ou seja, uma obrigação de não-fazer. (ALMEIDA JR., 2007).

Posteriormente, já na terceira geração dos direitos fundamentais, também denominados direitos de

fraternidade ou de solidariedade, foi focalizada a sociedade como um todo, desvinculando-se da figura do homem como indivíduo e assumindo, portanto, uma dimensão coletiva ou difusa. (ALMEIDA JR., 2007).

1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO DIREITOS A PRESTAÇÕES

O Direito à saúde está previsto na CF/88, sendo assim é um direito de todo cidadão e dever do Estado. No entanto, para que ocorra a aplicabilidade do mesmo, há um grande custo aos cofres públicos, o que muitas vezes extrapola o orçamento previsto pelos entes da federação. Sendo assim, o Estado passa a negar o fornecimento de medicamentos utilizando-se de vários argumentos. Tal fato faz com que muitas pessoas tenham que ingressar com demandas judiciais a fim de ter seus direitos assegurados, de modo que o Estado cumpra com suas obrigações. No entanto, frente a tal situação, o ente público acaba por alegar a reserva do possível, teoria essa que dispõe que a efetivação desses direitos por meio dos serviços públicos está sujeita à disponibilidade

financeira do Estado, ou seja, a escassez de recursos passa a determinar até que ponto o direito à saúde fica assegurado aos cidadãos. Nesta senda, passa-se a supervalorizar a questão econômica e acaba esquecendo-se da necessidade que a população tem do fornecimento de fármacos para que a vida seja preservada, entrando aqui também a dignidade da pessoa humana, outro direito assegurado pela CF/88. Outro fator a ser observado é o desvio do dinheiro público ou ainda, até que ponto o desvio de verba do Estado prejudica o orçamento e conseqüentemente a garantia dos direitos à população. (ALMEIDA JR., 2007).

Observa-se que há um grande número de processos referente a tal assunto faz com que se prejudique tanto os serviços públicos de saúde, quanto os demais serviços que são realizados pelo Estado. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) em seu texto assegurou vários direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais. Assim, esses direitos passaram a ser garantidos a toda a população, de modo a tratar todos de maneira igualitária e garantir uma vida digna. Com tais garantias, passou-se a exigir prestações positivas do

Estado, de modo que o mesmo “descruzasse os braços” a fim de fornecer meios para que esses direitos sociais fossem assegurados à população. No entanto, essa atitude demanda disponibilidade de verba pública, bem como de pessoal qualificado e materiais necessários. (ALMEIDA JR., 2007).

Ao observar o que já foi exposto, percebe-se que todos os direitos fundamentais implicam um custo ao Estado, já que os mesmos são direitos positivos, o que acaba fazendo com que o poder público disponha de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Tal fato assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, já que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas. (SARLET, 2004).

Sendo assim, observa-se que as decisões que visam concretizar um direito podem, muitas vezes, gerar novas formas de ameaças, privando outros potenciais

beneficiários da fruição dos bens e serviços a que também teriam direito. Logo, o Judiciário, quando for julgar as demandas que importem a alocação de recursos, deverá levar em conta que sua decisão poderá interferir na realização de outros direitos, de modo que somente deverá agir se estiver seguro que não causará um mal maior. (MARMELSTEIN, 2009).

O ideal seria que houvesse disponibilidade financeira para cumprir todos os objetivos da Constituição. Mas não há. Conforme já dito, a concretização dos direitos sociais exige alto investimento financeiro do Estado. A cláusula da reserva do possível representa justamente as limitações orçamentárias do ente estatal que dificultam ou impedem a aplicação dos direitos sociais. No entanto, o simples condicionamento da realização de tais direitos à existência de caixas cheios do Estado significa reduzir sua eficácia à zero. Neste sentido, não se pode analisar somente a questão financeira do ente público, mas também a necessidade daquele cidadão que está passando por dificuldades e tem seus direitos assegurados pela CF/88. (MARMELSTEIN, 2009).

No que diz respeito ao direito à saúde, os problemas com essa efetivação assumem uma dimensão trágica, já que não são raros os casos em que pessoas morrem por não terem seus direitos assegurados pelo Estado. Isso se deve em função da falta de medicamentos, da falta de pessoal qualificado para o atendimento médico e também a precariedade em recursos materiais, tendo em vista a fragilidade do Sistema Único de Saúde (SUS) em nosso país. Levando em conta a aplicação dos recursos financeiros, sabe-se que a sociedade paga seus tributos para que o Estado tenha um planejamento orçamentário capaz de suprir com a demanda, ou seja, uma contraprestação do mesmo. No entanto, em muitos casos há desperdício de recursos públicos,⁵⁶ o que acarreta em prejuízo para a sociedade e inaplicabilidade de seus direitos. Considerando a malversação do dinheiro público, a Controladoria Geral da União (CGU) passou a realizar a Conferência Nacional sobre Transparência e Controle Social (Consocial), sendo que no primeiro evento, que foi realizado em maio deste ano, teve como tema central: "A Sociedade no Acompanhamento e Controle da Gestão Pública", cujo

objetivo principal foi o de promover a transparência pública e estimular a participação da sociedade no acompanhamento e controle da gestão pública, contribuindo para um controle social mais efetivo e democrático. (CONSOCIAL, 2012).

Como se pode acompanhar no noticiário brasileiro, há sempre alguma investigação, seja a nível federal, estadual ou municipal, a respeito do desvio do dinheiro destinado à melhoria da qualidade de vida da população. Tais valores, quando somados, chegam a um enorme montante, o que gera uma grande diferença entre o que deveria ser aplicado em serviços públicos e o que é de fato aplicado. E aí fica a pergunta: isso seria capaz de suprir o déficit em medicamentos, por exemplo? Há pouco tempo foi vinculado em grande parte dos jornais a notícia do desvio de R\$ 468 milhões dos cofres públicos, valor esse que seria destinado à construção do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de São Paulo. Todavia, com a comprovação do desvio, tal quantia será devolvida ao Governo através do acordo realizado entre a Advocacia Geral da União e o político que praticou tal ato. (FIESP, 2014).

Quando comparado o estudo já citado que foi realizado pelo IBGE, o qual informa que a União gastou R\$ 6 milhões no ano de 2009 só com medicamentos para uso humano (referindo-se novamente aos medicamentos distribuídos à população, não incluindo aqueles aplicados em unidades de saúde pública, como vacinas, quimioterápicos e os usados nas internações) e o desvio de R\$ 468 milhões dos cofres públicos, pode-se perceber que tal desvio seria supostamente capaz de suprir tal demanda de medicamentos em 78 vezes. Sendo assim, observa-se que caso não houvesse tamanho desvio de verba pública, certamente a população teria melhor qualidade de vida, não somente no que se refere à saúde, mas também à educação, segurança, saneamento, etc. (FIESP, 2014).

Tendo em vista tal situação, não resta outra alternativa à população, senão ingressar com demanda judicial a fim de ter seus direitos reconhecidos, quando os mesmos são negados na esfera administrativa. Porém, além de demandar maior dificuldade para a efetivação dos direitos sociais, esse processo requer um certo tempo de espera, o que por vezes faz com que muitas pessoas

acabem falecendo antes mesmo de obter resultado junto ao Poder Judiciário. (FIESP, 2014).

Tanto a União, quanto os Estados, Municípios e o Distrito Federal têm inúmeras demandas de medicamentos nas quais os mesmos fazem parte do polo passivo. (GUEDES, 2010). Tal fato se deve ao grande número de pessoas que necessitam da ajuda do ente público para custear tratamentos médicos, já que os mesmos se tornam muito caros e comprometem o orçamento familiar. A maioria das demandas pleiteando o fornecimento gratuito de medicamentos são julgadas procedentes, de modo a proporcionar uma dignidade maior àqueles cidadãos que estão com alguma enfermidade. No entanto mais adiante serão analisadas as consequências do elevado número de ações judiciais pleiteando serviços de saúde. (GUEDES, 2010).

É lícito afirmar que o Judiciário, de um modo geral, tem deferido pedidos formulados em ações relativas à área da saúde, determinando a realização de determinados tratamentos e a compra de certos medicamentos, sendo assim, nota-se que o entendimento em tela é francamente majoritário em todo o País. No

entanto, há exceções bem pontuais, como por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nas quais o Juiz se põe a analisar mais detalhadamente a questão. (ZAMLUTTI, 2011). Neste sentido, sabe-se que em toda e qualquer decisão, a atuação do Judiciário deve pautar-se pela observância dos fundamentos da República, o que impõe o estrito respeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana, o qual se encontra intrinsecamente ligado ao conceito de mínimo existencial, observado o disposto no artigo 1º da CF/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Nesse contexto, o fornecimento de medicamentos constitui medida indispensável à efetivação dos direitos sociais, já que tal serviço é essencial e repercute diretamente na saúde de cidadãos. (ZAMLUTTI, 2011). Tendo em vista ainda a ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana, tal circunstância impõe ao Judiciário

uma atuação efetiva como forma de resguardar o direito subjetivo decorrente da aplicação da norma constitucional, conforme 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.

A fim de corroborar com os artigos acima citados, a Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, em seu art. 2º diz que:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Neste sentido, o Ministro Joaquim Barbosa, do STF, decidiu que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático⁷⁶, o Estado não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os

cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à vida, de medicamento que não esteja na lista daqueles oferecidos gratuitamente pelas farmácias públicas, é dever solidário da União, do Estado, do Município e do Distrito Federal fornecê-lo. (ZAMLUTTI, 2011).

Não se está defendendo uma prestação supérflua, e sim a concessão de serviço essencial à sobrevivência do indivíduo, já que o mesmo repercute nas mais diversas áreas de atuação humana. Sendo assim, é indispensável a determinação judicial quando os Entes da Federação não fornecerem o medicamento espontaneamente. Tal atitude do Poder Judiciário não deve ser considerada interferência desnecessária na esfera de atuação do Poder Executivo, já que é através da determinação judicial que o Executivo soluciona o problema de modo definitivo. (ZAMLUTTI, 2011).

Conforme decisão jurisprudencial, nas ações de medicamentos não se verifica qualquer afronta aos princípios da independência dos poderes, isonomia e legalidade, uma vez que se trata de aplicação da Lei Maior, cabendo ao Judiciário vigiar seu cumprimento,

mormente quando se cuida de tutelar superdireitos de matriz constitucional como vida e saúde. Está o poder público necessariamente vinculado à promoção, com absoluta prioridade, da saúde da população, conforme o art. 196 da CF/88. Sendo assim, independente da competência administrativa atribuída a cada ente, sabe-se que é dever Estado (referindo a União, Estados, Município e Distrito Federal) promover a saúde a todos os cidadãos, já que tal fator está intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana, direito este que está garantido no art. 1º III da CF/88. (ZAMLUTTI, 2011).

Conforme Jorge Miranda, as normas programáticas conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia. Assim, as normas programáticas são aquelas que não regulam diretamente interesses ou direitos nelas consagrados, mas, ao contrário, limitam-se a traçar preceitos que devem ser cumpridos pelo Poder Público. (MIRANDA, 1990).

Outrossim, a fim de corroborar com tal afirmação, vale reiterar disposto no art. 196 da mesma base legal, o qual garante o direito à saúde 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 a sua promoção, proteção e recuperação. (ZAMLUTTI, 2011).

1.5 AS NORMAS CONSAGRADORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugura um período de reafirmação do Direito Constitucional, notadamente pela emergência do caráter normativo que revestiu as disposições constitucionais de imperatividade, conferindo-lhes status de verdadeiras normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e centralidade no ordenamento jurídico, e, do ponto de vista material, pela incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam os direitos fundamentais (BARCELLOS, 2014).

Nesse contexto, a Constituição Federal elenca como “objetivos e limites da atuação estatal, concomitantemente, o alcance de determinados valores, direitos e liberdades fundamentais” que, para serem concretizados, dependem de uma estrutura orgânica e funcional colocada à disposição dos poderes públicos que permita a materialização das finalidades constitucionais. Isso porque, ao tempo em que consagra novos valores e estabelece a realização de determinados fins, “o ordenamento jurídico direciona a busca dos bens jurídicos essenciais à concretização das finalidades idealizadas e à preservação dos valores sobre os quais se sustenta” (ÁVILA, 2010, pág.34).

A Constituição Federal, portanto, abarca princípios e regras que, elevados à condição de “constitucionais”, direcionam a atuação dos poderes públicos ao alcance dos objetivos elencados como prioridades do Estado. Ao tempo em que os princípios instituem um “estado ideal de coisas” como finalidade a ser alcançada pelo Estado, “torna-se exigível a promoção de bens jurídicos que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização”. As regras, por sua vez, “estabelecem

indiretamente fins, para cuja concretização delimita com maior exatidão qual o comportamento devido, ou o modo por meio do qual os poderes públicos poderão realizar esse mesmo comportamento”. (ÁVILA, 2010, págs.71-72).

No caso da promoção do bem-estar social através da realização dos direitos sociais, por exemplo, a Constituição Federal institui a finalidade a ser perseguida pelo Estado para, a partir disso, estabelecer o modo através do qual o Estado poderá, gradualmente, concretizá-la. (ÁVILA, 2010). As ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, dotados de caráter predominantemente prestacional, uma vez que dependem da elaboração e implementação de políticas públicas específicas, envolvem decisões acerca do dispêndio de recursos públicos (originários ou derivados), que serão (re) direcionados em benefício da sociedade e para manutenção da máquina governamental. É nesse contexto que se insere o exercício da atividade financeira do Estado como pressuposto para a concretização das finalidades elencadas pela Lei Fundamental. Como dito anteriormente, a Carta Magna, ao instituir as finalidades a

serem alcançadas pelo Estado (estado ideal de coisas), veicula textos normativos que descrevem os comportamentos (obrigatórios, proibidos, permitidos) necessários à sua concretização (regra de conduta) ou, ao invés disso, predeterminam o meio a ser utilizado pelo Estado para a efetivação daqueles objetivos (regra de competência). (ÁVILA, 2010).

A constatação de que “todo direito demanda um custo correlato” implica, ao mesmo tempo: (a) caráter de legitimidade às decisões prolatadas pela Suprema Corte Americana, quando preteridos os direitos sociais básicos em face dos direitos de liberdade, e (b) caráter delimitativo à atuação do Supremo Tribunal Federal, a fim de que haja uma organização governamental (integrado pelos três órgãos de Poder) visando a destinação suficiente dos recursos públicos, com base em critérios alocativos, à efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo os denominados direitos sociais. Isso porque, conforme destacado em momento anterior, em que pese o preceito do art. 5º, §1º, da CF, a eficácia jurídica de uma norma, por si só, não se mostra suficiente para alcançar a

finalidade pretendida pela ordem constitucional. (HOLMES E SUSTEIN, 2011).

No caso do direito à saúde, muito embora se possa dizer que a norma extraída do art. 196 da Constituição Federal está apta a produzir efeitos, ou ainda, que dele se pode extrair um direito prestacional originário, não é controverso o fato de que a ausência de condições fáticas, dentre as quais se destacam a insuficiência de recursos públicos e a falta de estrutura institucional, impede a concretização desse direito social, motivo pelo qual a sua efetividade carece da atuação do Estado. As decisões judiciais (infelizmente) não configuram os instrumentos hábeis para resolver o problema na inefetividade dos direitos sociais. Por essas razões, e nesse ponto retorno aos autores norte-americanos, a análise de quais direitos e/ou garantias são assegurados a uma determinada sociedade não depende apenas das diretrizes fixadas pela Constituição e dos direitos fundamentais nela consagrados, posto que a efetivação deles, e, de modo mais expressivo, do direito à saúde (ou dos direitos sociais básicos) está diretamente atrelada à arrecadação de recursos públicos e sua respectiva

destinação, por meio do orçamento público, para concretizar o seu cumprimento ou disponibilizar medidas que o assegurem. (HOLMES E SUSTEIN, 2011).

Com isso, encontra fundamento no direito constitucional interno a dependência da efetividade dos direitos fundamentais, em maior ou menor medida, de uma atuação dos poderes públicos, pois nem mesmo o mais negativo dos direitos poderia ser garantido em face da ausência do dever estatal, tendo em vista que a sua efetiva proteção depende, no mínimo, da destinação de recursos públicos para erigir um órgão regulador do Estado capaz de impor sua vontade aos violadores dos direitos em questão.

1.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS E SUA EXIGIBILIDADE

O orçamento público, como instrumento normativo indispensável à manutenção do Estado e promoção dos objetivos fundamentais preconizados pela Constituição Federal, vincula a atuação dos (três) Poderes Públicos à

realização das finalidades originariamente priorizadas (e nele inseridas), visto que, apesar de veicular a autorização de que necessitam os poderes instituídos para realizar o gasto público, as ações e programas governamentais devem ser obrigatoriamente executadas para o alcance dos resultados previstos. Dentre as finalidades que devem ser priorizadas através da lei orçamentária anual, para as quais se dirige a atuação do Estado, emerge a concretização dos direitos fundamentais, porquanto intimamente ligados à (re) construção da realidade social com base nos princípios e objetivos preconizados pela ordem constitucional interna. (SARLET, 2004).

No entanto, em consonância com o caráter analítico da Constituição Federal, o rol dos direitos fundamentais não é taxativo, pois ultrapassa os lindes do “Título II – Dos direitos e Garantias Fundamentais” por força da “cláusula de abertura” contida no §2º do seu art. 5º, que permite identificar outros direitos fundamentais, inclusive, não inseridos expressamente no corpo constitucional (os chamados direitos fundamentais implícitos), mas oriundos da interpretação sistemática e

teleológica do regime e princípios por ela adotados, o que permite a constante adequação da proteção constitucional aos anseios sociais. (CUNHA, 2008).

Todos os direitos fundamentais foram elevados à condição de norma jurídica constitucional, sem que haja prevalência de um (ou alguns) sobre os demais, tendo em vista que, em razão da indivisibilidade e coerência interna que os caracteriza, encontram-se submetidos ao mesmo regime jurídico-constitucional. Enquanto normas jurídicas, os direitos fundamentais transcendem a idéia inicial de “garantias de proteção do indivíduo contra o abuso estatal”, na medida em que passam a se destacar como um “conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos”, o que revela a sua dimensão objetiva. (CUNHA, 2008).

Com isso, as normas de direitos fundamentais, além de configurar fator legitimante da atuação dos poderes públicos, desempenham, dentre tantas funções que lhes são atribuídas, sob sua perspectiva objetiva: (a) condição de validade das demais normas jurídicas, que podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos; (b)

função hermenêutica, ao tempo em que fornecem “impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional” no sentido de “maximizar o conteúdo dos direitos fundamentais”; (c) função dirigente, tendo em vista a “ordem genérica de efetivação” dirigida aos poderes públicos, que implica na permanente obrigação do Estado em proteger e concretizar os direitos fundamentais (DIMOULIS E MARTINS, 2007, p.116). Ainda nesse sentido, Galdino (2005, p.03) acrescenta que as normas de direito fundamental “estabelecem uma presunção relativa acerca da existência de um direito subjetivo fundamental”, na medida em que “existem precipuamente, mas não exclusivamente, para estabelecer ou criar, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, situações jurídicas subjetivas”.

Não se pode olvidar, contudo, que a expressão “direito subjetivo”, como bem expõe o mencionado autor, desemboca numa multiplicidade de conceitos e categorias correlatas, na medida em que pode ser entendido como a representação de várias situações jurídicas distintas, tais como pretensões, faculdades, potestades e imunidade, cujo estudo, ainda que por meio de breves considerações,