

RESUMO

O tema central do presente estudo é o direito à saúde. Mais especificamente, a questão respeitante ao fornecimento judicial de medicamentos pelo Estado. Os direitos fundamentais constituem-se em princípios, os quais, diferentemente das regras, comportam diversos graus de satisfação, sujeitando-se a colisões que devem ser resolvidas com base em dimensões de peso. Os direitos fundamentais podem sofrer restrições, as quais, porém, não são ilimitadas. No plano constitucional brasileiro, a positivação do direito fundamental à saúde como direito de todos só se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. É falho o argumento de que os poderes constituídos estão omissos ou inertes em matéria de atendimento do direito à saúde e fornecimento de medicamentos. O cenário inicial de passividade e autocontenção judiciária nesse seara se transmudou rapidamente para um quadro de excessiva judicialização e de inegável ativismo judicial. Esses fenômenos – cujas causas são diversas e variadas – acabam por multiplicar os problemas existentes, sendo que a proliferação de decisões extravagantes e/ou emocionais em demandas judiciais individuais causa sérios impactos às respectivas políticas públicas. Embora a jurisdição constitucional possa atuar de forma contramajoritária, tal atuação em tema de saúde não pode se dar mediante um ativismo judicial desmedido. O direito prestacional em voga não custa pouco dinheiro e contrapõe, de um lado, a limitação dos recursos orçamentários, e de outro, a infinitude das demandas sociais. Diante da escassez de recursos para efetivação do direito social em debate, há necessidade de tomada de decisões alocativas que importam em escolhas trágicas, as quais devem ser tomadas pelos poderes Legislativo e Executivo através do orçamento e das políticas públicas. Diante dos contrapontos e efeitos negativos desses fenômenos, há necessidade de estabelecimento de propostas parametrizantes aptas a orientar o enfrentamento da questão pelo Poder Judiciário. O primeiro parâmetro é o respeito à restrição diretamente constitucional que prevê que o direito à saúde será garantido a todos por intermédio de políticas sociais e econômicas. Deve-se ter em mira a existência de políticas públicas restritivas do direito fundamental à saúde, de modo a se conceber que a interferência judicial em demandas individuais deverá se restringir às hipóteses em que verificada omissão estatal no fornecimento de fármaco integrante das listas públicas de medicamentos. Outra proposta a ser considerada diz respeito à necessária des(introversão) da socialidade e à responsabilidade compartilhada, o que se traduz em necessidade de participação do indivíduo e sua família no custeio de medicamentos. Os demais parâmetros a serem seguidos nessas espécies de demandas são atinentes à realização de perícia judicial, adoção do princípio ativo do medicamento nas decisões concessivas e exigência de contracautela. Em sede de demandas coletivas, admite-se a possibilidade excepcional de revisão judicial das listas públicas de medicamentos, mediante a inclusão de novo fármaco, desde que aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Por fim, da mesma forma que em relação às ações individuais, deverá adotar-se, nas demandas coletivas, o princípio ativo do fármaco (e não seu nome comercial).

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos. Judicialização da saúde. Propostas parametrizantes.

ABSTRACT

The focus of this study is the right to health. More specifically, the issue concerning the judicial supply of drugs by the State. The method used for the dissertation is deductive. Basic human rights are principles on which, unlike the rules, involve varying degrees of satisfaction, by undergoing collisions that must be resolved based on dimensional weight. Fundamental rights may be restricted, which, however, are not limitless. On the Brazilian Constitution, the concretization of the fundamental right to health for all just happened with the promulgation of the Constitution of 1988. It faulted the argument that the powers are missing or inert on the right to health care and drug supply. The initial scenario of passivity and judicial self-restraint in the harvest is quickly transmuted into a picture of undeniable excessive legalization and judicial activism. These phenomena - the causes are many and varied - just by multiplying the existing problems, and the proliferation of fancy decisions and/or emotional problems in individual lawsuits cause serious impacts to their public policies. Although the constitutional jurisdiction to act in a majoritary against such activities in health system can not happen through an excessive judicial activism. The right prestacional in vogue doesn't cost very little money and opposes, on one hand, the limited budget resources, and others, the infinity of social demands. Given the scarcity of resources for implementation of the right social in debate, there is need for making allocation decisions that matter in tragic choices, which must be taken by Legislative and Executive branches over the budget and public policies. Before the counterpoints and negative effects of these phenomena, it needs to draw up objective proposals able to guide address the issue by the judiciary. The first parameter is the constitutional restrictions to directly providing that the right to health is guaranteed for all through social and economic policies. It should be kept in view the existence of restrictive public policies of the fundamental right to health, to conceive that the judicial interference in individual claims should be restricted to circumstances where the default checked state in the provision of drug and parcel of public lists of drugs. Another proposal being considered with regard to the necessary entities (introversion) sociality and shared responsibility, which translates into the need for participation of individuals and their families in meeting costs of medications. The other parameters to be followed in those kinds of demands are relating to the conduct of judicial experts, adoption of the active drug in the decisions and concessive caution against requirement. In place of class actions, admits the possibility of judicial review of exceptional public lists of medicines by including new drug, if approved by the National Agency of Sanitary Vigilance - Anvisa. Finally, just as in relation to individual actions, must take up in the demands, the principle of active drug (not your trade name).

Keywords: Fundamental rights. Right to health. Supply of drugs. Legalization of health. Objective proposals.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES.....	17
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
1.1.1 Delimitação conceitual	17
1.1.2 Histórico dos direitos fundamentais	21
1.2 A DUPLA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
1.3 JUSFUNDAMENTALIDADE, EFICÁCIA JURÍDICA E APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A INTRINCADA QUESTÃO RELATIVA AO ART. 5.º, § 1.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	36
1.4 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	44
1.4.1 Regras e princípios.....	45
1.4.2 Âmbito de proteção ou suporte fático.....	49
1.4.3 Restrições aos direitos fundamentais	50
1.4.4 Restrições (limitações) às restrições de direitos fundamentais.....	54
2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE, O ATIVISMO JUDICIAL E A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS CORRESPONDENTES POLÍTICAS PÚBLICAS	63
2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE	63
2.1.1 O conceito evolutivo de saúde	63
2.1.2 Desenvolvimento histórico-normativo do direito à saúde	68
2.1.3 O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Único de Saúde - SUS	70
2.1.4 Dimensões e aplicabilidade imediata do direito fundamental à saúde em terras brasileiras	79
2.1.5 Política Nacional de Medicamentos – PNM e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF.....	85
2.2 O ATIVISMO JUDICIAL E A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EM DEMANDAS INDIVIDUAIS.....	92
2.2.1 Possíveis causas do ativismo judicial e da excessiva judicialização no que tange ao fornecimento de fármacos.....	96
2.2.2 Os efeitos essencialmente negativos desses fenômenos	109
3. CONTRAPONTO NECESSÁRIOS À EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E A FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS PARAMETRIZANTES PARA O ATENDIMENTO DESSE DIREITO PRESTACIONAL	118
3.1 CONTRAPONTO NECESSÁRIOS À EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS	118

3.2 O SOPESAMENTO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O COLETIVO À SAÚDE: A EXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL	128
3.3. PROPOSTAS PARAMETRIZANTES NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS	131
3.3.1. O Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Medicamentos – PNM e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF como políticas públicas sociais restritivas do direito fundamental à saúde e a necessária deferência judicial: atuação judicial em demandas individuais circunscrita à determinação de fornecimento dos medicamentos contemplados nas listas públicas	131
3.3.2 (Des)introversão da socialidade e responsabilidade compartilhada: a participação do indivíduo e da família na aquisição de medicamentos	134
3.3.3 Prova pericial, determinação judicial de fornecimento de medicamento pelo princípio ativo representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e contracautela.....	138
3.4. PROPOSTAS PARAMETRIZANTES NAS DEMANDAS COLETIVAS	141
CONCLUSÃO	144
REFERÊNCIAS	156

INTRODUÇÃO

O trabalho acadêmico em voga debruça-se sobre tema relativo ao direito fundamental à saúde. Na realidade, o recorte e o aspecto a ser privilegiado dentro desse direito social é a questão atinente ao fornecimento judicial e gratuito de medicamentos pelo Estado. Para dar cabo dessa missão, lançaremos mão de pesquisa eminentemente bibliográfica, mediante emprego do método dedutivo.

O que nos motiva a realizar essa incursão acadêmica é a busca incessante de uma resposta adequada à seguinte indagação: quais são os critérios parametrizantes que devem nortear o Poder Judiciário quando do exame de demandas individuais e coletivas em que se discute a obrigação prestacional do Estado relativa ao fornecimento gratuito de medicamentos?

Os motivos ensejadores dessa pesquisa são de várias ordens. Num primeiro momento é possível citar o alto grau de relevância jurídica do direito fundamental à saúde – especialmente porque se trata de direito humano social que possui cerne na dignidade da pessoa humana. Some-se a isso, de outro lado, a grande relevância pragmática-social desse tema, que hodiernamente se posta como um dos mais espinhosos e tormentosos da jurisdição brasileira contemporânea.

O tema ganha importância na medida em que se tem verificado nos últimos anos um crescente incremento no número de demandas judiciais em que cidadãos brasileiros, sob a bandeira da ofensa ao direito constitucional à saúde, perseguem a concessão de decisões judiciais cominatórias, nos mais variados casos e hipóteses, obrigando os entes federativos ao fornecimento gratuito de medicamentos.

Essa crescente demanda pela atuação judicial traz à discussão a questão respeitante à judicialização e ao ativismo judicial em matéria de políticas públicas de saúde e de medicamentos. Diante dessa realidade que salta aos olhos, não se pode furta de uma reflexão aprofundada e sistemática acerca dos efeitos benéficos e maléficis dessas intervenções judiciais.

Cumpre, no entanto, de antemão, advertir o leitor que embora estejamos cientes das divergências existentes entre procedimentalistas e substancialistas, bem como, no que toca aos adeptos da teoria da argumentação jurídica, não se constitui em objetivo desse trabalho o aprofundamento de tais questões, limitando-se a nossa pesquisa científica

a realizar uma análise da questão envolvendo o direito à saúde e o fornecimento gratuito de fármacos à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios de Robert Alexy.

Para dar cabo da desafiadora missão ora encampada, buscaremos, já na primeira seção, subsídios teóricos na teoria dos direitos fundamentais. Mais precisamente, procuraremos desde logo debater a conceituação dos direitos fundamentais, passando-se, então, a uma síntese evolutiva do aparecimento desses direitos ao longo do desenvolvimento da sociedade e das formas de Estado.

Posteriormente, o estudo deitará raízes na temática envolvendo as perspectivas dos direitos fundamentais, o que por certo será de grande valia para o desenvolvimento de nossas ideias, já que a correta compreensão do direito subjetivo à saúde pressupõe conhecimento teórico acerca das dimensões dos direitos fundamentais, porquanto não se pode estudar a parte sem uma mínima noção do todo em que ela está inserida.

Passaremos, então, ao estudo da questão concernente à jusfundamentalidade, eficácia jurídica e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais em terras brasileiras. Nesse ponto buscaremos inicialmente posicionar teoricamente os direitos sociais frente aos típicos direitos civis e políticos (direitos de liberdade). Num segundo momento, será analisada e interpretada, em específico, a norma constitucional inserta no art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, a qual prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em território brasileiro.

Por ocasião do fechamento da primeira seção se adentrará no ponto referente à teoria dos princípios e à restrição dos direitos fundamentais – cujo estudo é de curial importância para a correta análise do tratamento constitucional e infraconstitucional dado ao direito fundamental à saúde no Brasil. Nessa oportunidade serão colocadas as teorias existentes acerca das restrições dos direitos fundamentais para depois se investigar as diferenças existentes entre princípios e regras, pontuando-se os critérios distintivos entre as duas mencionadas espécies de normas, com o escopo de enquadrar os direitos fundamentais em uma dessas categorias.

Na sequência, estudaremos as vias pelas quais se operam as restrições de direitos fundamentais. Cientes de que o exercício dessas restrições não pode ser ilimitado, passaremos a abordar as restrições (limitações) às restrições de direitos fundamentais,

representadas pela regra da proporcionalidade, pelo dever de sopesamento e pela proteção ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo abordaremos o direito fundamental à saúde e os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização das respectivas políticas públicas nacionais. Já em sua abertura será a vez de discorrermos sobre o conceito evolutivo de saúde e de traçarmos um panorama do desenvolvimento histórico e normativo do direito à saúde tanto em nível internacional quanto no plano interno.

Procuraremos, então, tangenciar o tratamento do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, identificando a forma eleita pelo constituinte para a garantia desse direito. Também terá lugar a análise do Sistema Único de Saúde – SUS, oportunidade em que daremos atenção ao estudo de suas diretrizes: a descentralização; o atendimento integral – com prioridade para as atividades preventivas; e a participação da comunidade.

Realizaremos uma incursão acerca das dimensões objetiva e subjetiva do direito fundamental à saúde, o que se dará, a toda evidência, mediante o resgate das ideias lançadas no primeiro capítulo do trabalho acadêmico. Também se utilizará desse processo de recordação quando lançarmos investigação acerca da pretensa aplicabilidade imediata do direito à saúde em terras brasileiras, o que se dará mediante o exame da densidade normativa das disposições constitucionais e da existência ou inexistência de intermediação legislativa que possa atribuir eficácia jurídica a esse direito fundamental.

O passo seguinte diz respeito ao estudo detalhado e aprofundado das políticas públicas nacionais respeitantes ao direito fundamental à saúde, notadamente da Política Nacional de Medicamentos – PNM e da Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF. Nessa ocasião, procuraremos detalhar os fundamentos, a estrutura, o alcance, os objetivos e as finalidades dessas duas políticas públicas sociais.

Além disso, será a vez de trazer à baila o estudo da denominada Relação Nacional de Medicamentos – RENAME, com o escopo de verificar sua importância no cenário do sistema de saúde brasileiro. Será essa, também, a oportunidade existente para demonstrar a composição, o funcionamento e os critérios empregados pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da RENAME – Comare, para fins de revisão da listagem de medicamentos integrante da Relação Nacional de Medicamentos – RENAME.

Com o término dessas análises, será por certo possível constatar o nível de atuação dos poderes constituídos no que tange à missão constitucional de conferir

efetividade ao direito fundamental à saúde, notadamente no que concerne à implementação e estruturação de políticas públicas de fornecimento de medicamentos para o povo brasileiro.

Mais para frente – mas ainda dentro dos limites geográficos da segunda seção –, teremos oportunidade de discorrer acerca de dois fenômenos de importante presença no cenário jurídico brasileiro: o ativismo judicial e a judicialização das políticas públicas de medicamentos. Nessa altura do trabalho realizaremos uma verificação da forma pela qual se dava e tem se dado a atuação judicial em matéria de direito à saúde e fornecimento de medicamentos, almejando identificar eventuais manifestações desses dois fenômenos ora mencionados.

Em caso positivo – com a identificação da ocorrência de tais fenômenos – procuraremos identificar quais as suas possíveis causas. Isto é: investigaremos quais os fatores jurídicos, normativos, estruturais, ideológicos, mercadológicos, sociais, demográficos, epidemiológicos e judiciais responsáveis pela eventual ocorrência do ativismo judicial e da excessiva judicialização em tema de direito à saúde e fornecimento de medicamentos.

Num passo seguinte – e partindo do pressuposto da existência de ativismo judicial e de excessiva judicialização em matéria de direito à saúde e fornecimento de fármacos –, terá lugar o estudo dos efeitos negativos desses fenômenos, precipuamente em relação à Administração Pública, ao arranjo constitucional brasileiro da matéria e às respectivas políticas públicas nacionais.

Com o findar da segunda seção adentraremos no terceiro capítulo tratando de averiguar a possibilidade de atuação contramajoritária da jurisdição constitucional, inclusive em sede de políticas públicas de saúde e fornecimento de fármacos. Caso constatada essa permissibilidade, verificaremos qual a condição para que essa atuação contramajoritária da jurisdição constitucional venha a se dar de forma legítima, sobretudo em relação ao objeto do presente estudo.

Também será abordada a questão respeitante ao custo do direito social à saúde e ao fornecimento de fármacos, o que contrapõe, de um lado, a limitação dos recursos orçamentários, e de outro, a infinitude das demandas sociais. Trata-se, pois, de realizarmos breve incursão na denominada teoria da reserva do possível.

Nesse passo do estudo, discorreremos sobre a existência da escassez de recursos para a efetivação do direito à saúde e do fornecimento de medicamentos e, diante

dessa constatação, apresentaremos nossas ideias acerca do modo pelo qual deverão ser tomadas as decisões alocativas que importarem em escolhas trágicas em tema de políticas públicas de saúde e fornecimento de fármacos.

Veremos, então, se o Poder Judiciário, por intermédio de seus juízes e Tribunais, são dotados de capacidade técnica adequada para lidar com as questões atinentes às políticas públicas de saúde e fornecimento de medicamentos.

Com a exposição dos efeitos e contrapontos à excessiva judicialização em tema de políticas públicas de fornecimento de medicamentos, será a vez de passarmos à construção e estabelecimento de propostas parametrizantes aptas a orientar o enfrentamento da questão pelo Poder Judiciário.

Para dar conta dessa tormentosa tarefa, iremos revisitar a teoria dos princípios e a teoria das restrições dos direitos fundamentais com o escopo de constatar a existência ou inexistência de eventual sopesamento realizado pelo próprio constituinte entre o direito individual e coletivo à saúde. Verificaremos se o direito fundamental à saúde está sujeito a colisões com outros princípios e, em caso afirmativo, iremos procurar identificar quais os princípios em rota de colisão e quais as restrições a que ele se sujeita.

Procuraremos identificar se há alguma restrição diretamente constitucional ao direito fundamental à saúde e se o constituinte originário indicou quais seriam os poderes constituídos mais indicados para deliberar sobre decisões alocativas que dizem respeito a escolhas trágicas envolvendo o direito à vida e à saúde dos cidadãos.

Depois disso, adentraremos nas propostas parametrizantes relativas às demandas individuais, ocasião em que analisaremos a possibilidade jurídica de visualizarmos o Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Medicamentos – PNM e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF como políticas públicas sociais restritivas do direito fundamental à saúde.

Diante de respostas positivas a tais indagações, vamos verificar qual deve ser a postura adotada pelo Poder Judiciário em sede de demandas individualmente ajuizadas, refletindo sobre a possibilidade ou impossibilidade deste poder vir a sobrepor sua valoração àquela realizada pelos demais poderes constituídos, os quais, em rigor, são dotados de responsabilidade política e maior substrato democrático. Caso venha a ser constatada tal impossibilidade, debateremos a questão respeitante à deferência judicial quanto às listas públicas de medicamentos em sede de demandas individuais.

Além disso – e ainda em sede de estabelecimento de critérios parametrizantes nas demandas individuais –, vamos trazer à discussão a necessidade da adoção da denominada (des)introversão da socialidade e da responsabilidade compartilhada, o que faremos com vista a verificar a possibilidade de encarmos o direito à saúde como um verdadeiro dever da sociedade (e não só do Estado) – de modo a se cogitar da participação do indivíduo e de sua família no custeio de medicamentos. Na hipótese de admissibilidade dessa ideia, iremos buscar os substratos necessários que possam conferir efetividade prática a esse entendimento.

Outras propostas parametrizantes cuja viabilidade será objeto de teste em sede de demandas individualmente ajuizadas dizem respeito à eventual produção de prova pericial por ocasião da fase probatória da lide; à adoção do princípio ativo do medicamento, representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB), quando da prolação de decisão judicial concessiva; e a exigência de contracautela, especialmente nos casos de tratamento de doença crônica dependente de tratamento farmacológico contínuo e sem prazo definido.

Por fim, será a vez de tratarmos do estabelecimento de critérios parametrizantes em sede de demandas coletivas. Nessa altura da pesquisa científica iremos debater a admissibilidade de controle judicial das políticas públicas de fornecimento de medicamentos no bojo das demandas coletivas, verificando a possibilidade e adequabilidade de uma atuação do Poder Judiciário que venha a determinar a revisão das listas públicas de medicamentos do Sistema Único de Saúde – SUS mediante a inclusão de novos fármacos.

Considerada a admissibilidade e viabilidade dessa proposta, verificaremos, então, a possibilidade de imposição de alguns limites a essa atuação judicial, tais como: a necessidade de que o novo fármaco esteja previamente aprovado em terras brasileiras pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa; e a adoção do princípio ativo do medicamento representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB).

Desse modo, esperamos contribuir humildemente para o desenvolvimento do tratamento teórico do direito fundamental à saúde e da questão atinente ao fornecimento judicial de medicamentos em terras brasileiras. Mais do que isso, esperamos que a contribuição dessa árdua e desgastante (mas gratificante) pesquisa científica não fique enclausurada e restrita ao âmbito da academia. Rogamos, pois, que ela também derrame seus efeitos no cotidiano do Poder Judiciário brasileiro, a fim de que os atores judiciais

possam refletir serenamente sobre o destino galgado pelas políticas públicas que permeiam esse direito social tão caro ao ser humano.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1.1 Delimitação conceitual

Os direitos fundamentais sofreram sensíveis transformações ao longo da história evolutiva. Daí resulta uma grande dificuldade de delimitação conceitual. Some-se a isso a existência de verdadeira confusão linguística. Verifica-se a inexistência de consenso conceitual e terminológico – tanto em nível doutrinário quanto constitucional. É comum e recorrente o emprego de várias expressões designativas dos direitos fundamentais, dentre as quais podem ser citadas: direitos humanos, direitos naturais, direitos morais, direitos individuais, direitos públicos subjetivos e liberdades públicas. Muitas dessas expressões são utilizadas sem o necessário rigor científico – o que não se compatibiliza com a presente proposta e torna inapelável o estudo dos respectivos conceitos.

A discussão acerca da correta terminologia a ser empregada não se trata apenas e tão-somente de um simples e singelo problema de palavras. Segundo Eusebio Fernandez: “A necessidade de contar com uma linguagem precisa, coerente e bem construída é uma exigência de qualquer tipo de conhecimento científico e, como tal, é de direta aplicação ao problema da elaboração de uma teoria dos direitos humanos”.¹

Embora a expressão direitos fundamentais seja usualmente utilizada como sinônimo de direitos humanos, convém desfazer a confusão. É certo que os direitos fundamentais se constituem, de certa forma, em direitos humanos.² Contudo, tal constatação não conduz necessariamente à ilação de que ambas as expressões são conceitualmente sinônimas.

O termo direitos humanos é o mais comumente utilizado – especialmente pelas massas e pelos meios de comunicação. Segundo Peces-Barba Martínez, por serem os direitos humanos uma expressão emotiva e suscitadora dos mais variados sentimentos, há

¹ FERNANDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991. p. 52-3, tradução nossa. (La necesidad de contar con un lenguaje preciso, coherente y bien construído es una exigencia de cualquier tipo de conocimiento científico y, como tal, es de directa aplicación al problema de la elaboración de una teoría de los derechos humanos.)

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

uma permanente tentativa de sua manipulação.³ O termo direitos fundamentais (*droits fondamentaux*) aparece inicialmente no ano de 1770, no bojo do movimento cultural e político que culminou com a Revolução Francesa e a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Mais tardiamente, sob a denominação de *Grundrechte*, teve assento especial na Constituição de Weimar de 1919.⁴

José Afonso da Silva reconhece que a expressão direitos humanos é a usualmente adotada nos documentos internacionais.⁵ Também é partidária deste entendimento a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet – para quem,

[...] a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁶

Já a doutrina de Perez Luño vai mais além – porque defende o emprego da fórmula direitos humanos para se referir tanto aos direitos naturais que se encontram positivados em documentos internacionais quanto às exigências básicas atinentes à dignidade, liberdade e igualdade da pessoa humana (ainda que não positivadas).⁷

De outro ângulo, os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas Constituições de dada sociedade.^{8 9} O termo direitos fundamentais é – na apurada síntese de Perez-Luño –, o termo reservado para “designar os direitos positivados no nível interno”.¹⁰

Por sua vez, a terminologia direitos naturais, da qual é sinônima a expressão direitos inatos, é aquela identificada com a corrente jusnaturalista. Em virtude disso, se

³ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 21-2.

⁴ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p. 29.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 108.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

⁷ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p. 44.

⁸ CUNHA J.R, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 157.

⁹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 48.

¹⁰ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. p. 44, tradução nossa. (para designar los derechos positivados a nível interno)

pode afirmar que ela é de certa forma antiquada e não se amolda aos objetivos da presente dissertação.^{11 12 13}

Segundo Peces-Barba Martínez, a terminologia direitos morais traduz a ideia de direitos prévios à formação do Estado e de seu Direito. É expressão muito utilizada na cultura anglo-saxônica, inclusive por H. L. Hart. Expandiu-se, posteriormente, para a Espanha, onde é empregada por Eusebio Fernandez. A principal crítica que se pode tecer ao vocábulo direitos morais é o fato dele induzir a uma indesejável confusão entre Direito e moral – o que deve ser evitado.¹⁴

Os direitos individuais são os direitos atribuídos à pessoa enquanto indivíduo isolado. Trata-se de expressão em franco desuso. Na realidade, sua utilização se dá para identificar determinado grupo dos direitos fundamentais, qual seja, os direitos civis ou liberdade civis.¹⁵

A noção de direitos públicos subjetivos é proveniente da escola alemã do século XIX e expressa tanto a concepção individualista do homem quanto o pensamento positivista. A referência ao termo exprime a situação jurídica do indivíduo em face do Estado. Nessa quadra, tem-se que o exercício desse direito subjetivo contra o Estado é dependente da simples vontade do seu titular, que deles pode livremente dispor. Ocorre, no entanto, que essa disponibilidade e renunciabilidade são incompatíveis com os direitos fundamentais. Outra severa crítica que pode ser realizada em desfavor do emprego da expressão direitos públicos subjetivos é a de que ela é incompatível com a noção de eficácia nas relações privadas. Este, aliás, é um dos motivos pelo qual a doutrina e o direito alemães excluíram inicialmente a eficácia dos direitos fundamentais das relações de direito privado.^{16 17 18}

¹¹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 47-8.

¹² MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 25.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 180.

¹⁴ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 31-6.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 180.

¹⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 48.

¹⁷ CUNHA J.R, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 155.

¹⁸ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 27-8.

É a França o berço da expressão liberdades públicas. Inicialmente ela surge no singular, no bojo da Constituição Francesa de 1793.¹⁹ É só posteriormente que o seu uso se generaliza e se passa a adotar a expressão no plural. O vocábulo é de nítido cunho positivista e em muito se aproxima do termo direitos públicos subjetivos cunhado pela doutrina alemã. Ocorre que essa expressão é, nos dizeres de José Afonso da Silva: limitada e insuficiente.²⁰ Isso se dá justamente porque ela está circunscrita aos direitos de primeira geração.²¹ Dito em outras palavras, trata-se de uma expressão que não alberga todas as faces dos direitos fundamentais – já que exclui os direitos sociais e econômicos.^{22 23}

Posto isso, salta aos olhos a adequabilidade do termo direitos fundamentais aos fins propostos no presente estudo – cuja última definição é tomada de empréstimo da doutrina de Perez-Luño: “[...] a noção dos direitos fundamentais tende a se referir a aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional, e que costumam gozar de uma maior proteção”.²⁴ É, como visto, a expressão cientificamente mais precisa e que inclusive foi adotada pelo Constituinte de 1988 – e que doravante passa a ser encampada.

Feitas tais considerações de cunho conceitual – e tendo em mira que o estudo se funda em uma teoria geral dos direitos fundamentais –, mister incursionar, no próximo item, em uma análise histórica do aparecimento desses direitos nas Constituições e Declarações internacionais, cotejando-a com uma síntese evolutiva das formas estatais, o que se faz necessário para permitir, mais adiante, uma adequada abordagem e interpretação do papel do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional na atual ordem constitucional brasileira.

¹⁹ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 30.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 181.

²¹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 48.

²² CUNHA J.R., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 153-4.

²³ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 31.

²⁴ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p. 44, tradução nossa. ([...] con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.)

1.1.2 Histórico dos direitos fundamentais

Fala-se em evolução dos direitos fundamentais porque se parte de uma constatação empírica: a de que estes direitos não nascem todos de uma vez. Com amparo em Norberto Bobbio afigura-se plausível dizer que eles “nascem quando devem ou podem nascer”.²⁵ O jurista italiano – ao dizer que os direitos fundamentais nascem quando devem ou podem nascer – quer trazer a lume a ideia de que esses direitos evoluem porque a própria essência do ser humano é evolutiva. O homem, para Fábio Konder Comparato, é sempre uma realidade em contínua transformação. O caráter evolutivo é de sua natureza, porque o homem é sempre um ser incompleto e inacabado. É um sujeito inserido num processo de vir-a-ser.²⁶

Como o cerne dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana, se afigura possível afirmar que as transformações dos direitos fundamentais se verificam, invariavelmente, nas oportunidades em que a dignidade da pessoa humana é ameaçada pelas estruturas de poder na sociedade. Segundo lição de Vieira de Andrade, “Sempre que surja uma nova forma de poder ou um novo tipo de perigo para a dignidade individual, tenderá a aparecer um novo direito”.²⁷ E, arremata: “[...] sempre que se afirme um outro entendimento das necessidades de garantia da dignidade pessoal, descobrir-se-ão novas dimensões normativas dos direitos fundamentais”.²⁸ Os direitos fundamentais estão, pois, em constante mutação.

Todos os seres humanos – apesar de todas as suas diferenças distintivas – são iguais entre si e por isso merecem idêntico respeito. Em virtude dessa igualdade, inexiste superioridade entre grupos ou indivíduos. Não há uma nação superior a outra, como também não há um indivíduo ou grupo superior a outro. Todos estão no mesmo patamar e devem se respeitar mutuamente como seres iguais – apesar das diferenças étnicas, religiosas, culturais e econômicas entre os povos.²⁹

²⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 6.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 30.

²⁷ VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais do século XXI*. Disponível em: <www.georgemlima.xpg.com.br/andrade.pdf>. Acesso em: 24/3/2010.

²⁸ VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais do século XXI*. Disponível em: <www.georgemlima.xpg.com.br/andrade.pdf>. Acesso em: 24/3/2010.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 1.

Num primeiro momento, passa-se a tratar dos denominados direitos de liberdade, os quais surgem “[...] como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.³⁰ Ou, ainda: “São direitos marcadamente individualistas, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais precisamente como direitos de defesa [...]”.³¹

Tais direitos de liberdade abarcam os direitos civis e políticos do homem. Cita-se, por exemplo: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal, ao devido processo legal, ao *habeas corpus* e o direito de petição. Pregam a ideia de afastamento do Estado das relações privadas. Representam, em apertada síntese, um não fazer do Estado, isto é, uma abstenção.

O seio do nascimento dos direitos de liberdade é o Estado Liberal, o qual surge logo após as Revoluções da Independência Americana e a Revolução Francesa. Este Estado Liberal traduziu o ideário burguês de substituição do *ancien regime* absolutista pelo princípio da legalidade – com o escopo de colocar rédeas nos desmandos praticados no bojo do regime deposto. Com a sua instauração, se dá a substituição do absolutismo do Rei pelo da Assembleia Legislativa, com a limitação do poder pelo Estado.^{32 33}

Por certo que a instituição da tripartição dos poderes idealizada por Montesquieu em sua obra *Espírito das Leis* – ao lado do princípio da legalidade –, é de curial importância na caracterização do Estado Liberal, pois, como bem disse Paulo Bonavides³⁴, não se pode falar em Direito e Justiça em caso de inexistência de limites à autoridade do governante. Segundo Rogério Gesta Leal³⁵, essa divisão dos poderes estatais, representada pela tripartição de Montesquieu, foi idealizada justamente para evitar o excesso de força e de poder, de modo a permitir um comprometimento de um poder em relação ao outro e de todos eles em direção ao social.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

³¹ CUNHA J.R., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 206.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23.

³³ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1982. p. 52.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 43.

³⁵ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 44.

De forma sintética, podem ser citadas como notas essenciais do Estado Liberal: a) a submissão ao império da lei como ato formal do Poder Legislativo (composto de representantes do povo); b) a divisão de poderes: entre Executivo, Legislativo e Judiciário – a qual visava claramente traçar limites ao arbítrio do governante, mediante a desconcentração do poder; e c) o desenvolvimento dos direitos individuais.³⁶

É certo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1789, é a mais conhecida e mais famosa das declarações contempladoras dos direitos fundamentais de liberdade. Todavia, não foi a primeira. O marco é creditado à Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia – uma das treze colônias inglesas na América –, a qual data 12 de junho de 1776. Tal documento possuía natureza jurídica e é inclusive anterior à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, editada pouco menos de um mês depois, no famoso 4 de julho.^{37 38}

Há que se lembrar, ainda, com base na doutrina de José Afonso da Silva, a Constituição dos Estados Unidos da América.³⁹ Embora dita Constituição tenha sido aprovada pela Convenção da Filadélfia em 17 de setembro de 1787, ela não continha inicialmente uma declaração de direitos fundamentais de liberdade. Na realidade, a inserção de uma carta de direitos fundamentais se deu apenas posteriormente, com o acréscimo das dez primeiras emendas em 1791 e das demais em 1795.

Depreende-se, pois, que embora os direitos de liberdade consagrados na Constituição dos Estados Unidos da América sejam posteriores à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, precedeu-se a esta a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Há autores, tal qual Perez Luño, que afirmam que essas duas Declarações americanas exerceram direta influência na elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, nascida na França revolucionária de 1789.⁴⁰

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 116-7.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 157-8.

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 20.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 159.

⁴⁰ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. p. 36, tradução nossa. (Las Declaraciones norteamericanas, así como determinados documentos de la Europa continental destinados a reconocer la tolerância y la libertad religiosa (como por ejemplo, la Paz de Augsburgo de 1555 y la Paz de Westfalia de 1648) y los presupuestos racionalistas y contractualistas de la Escola del Derecho natural, ejercieron una influencia directa sobre la Declaración de los Derechos del

Esta influência, no entanto, é posta em xeque por parte da doutrina. Para José Afonso da Silva, com base em lição de Mirkin-Guetzévitch, os revolucionários franceses teriam tomado por empréstimo dos americanos apenas e tão-somente a técnica de redação das suas declarações. Para ele, as fontes filosóficas e ideológicas, tanto das declarações americanas como da francesa, são européias – e os franceses já preparavam há muito tempo o advento do Estado Liberal (ao longo de todo o século XVIII).⁴¹

A nota diferenciadora entre as Declarações norteamericanas e a francesa é o caráter universalizante desta última.⁴² Os americanos estavam preocupados em assegurar os direitos de liberdade tendo em mira a situação particular que lhes afligia.⁴³ Os franceses, de outro lado, com a Declaração de 1789, “julgavam-se apóstolos de um novo mundo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros”.⁴⁴

Logo, a despeito da anterioridade cronológica da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, é o tom universalizante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que a torna referência em tema de direitos fundamentais liberais.

Embora a conquista do ideário burguês que culminou com o advento do Estado Liberal e dos direitos fundamentais liberais se constitua em um verdadeiro marco da moderna civilização, a política do *laissez faire et laissez passer* já não mais se apresentava suficiente para a garantia da dignidade da pessoa humana. Muito embora as conquistas advindas do Estado Liberal sejam marcantes e possuam vital importância, este Estado formal, neutro e individualista já não era mais suficiente para aplacar a sede de justiça social que emanava da classe proletária. Criticava-se o Estado Liberal sob o argumento de que “sua única função consistia em manter, em proveito da classe dominante, a máquina coercitiva da sociedade burguesa e capitalista”.⁴⁵

A classe burguesa, para não se ver despojada do todo, cede aos trabalhadores e dá ensejo à edificação do Estado Social. É aqui que se conferem direitos

Hombre y del Ciudadano, votada por la Asamblea constituyente de la Francia revolucionaria em ela año 1789)

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 161.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 133.

⁴³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 161.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 134.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 47.

eminentemente sociais à população. O Estado passa a ter grande e fundamental importância em todos os momentos da nossa cultura ocidental – na medida em que adquire substância econômica e social para assegurar a realização de uma nova ordem de trabalho e distribuição de bens.⁴⁶ Ele (o Estado), que outrora se resumia a não intervir na sociedade, agora passa a ser destacado ator da dinâmica social e econômica dessa sociedade.

Para Streck, o *Welfare State* é “o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político”.⁴⁷ Ontem: a mera legalidade; posteriormente, com o Estado Social, a legitimidade. Como bem pontua a doutrina: “Quando se inaugurou, porém, a nova idade constitucional dos direitos sociais [...] a legitimidade – e não a lei – se fez paradigma dos Estatutos Fundamentais”.⁴⁸

Nota-se, nesta fase evolutiva, como bem acrescenta a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz J.r, uma importância destacada para os direitos fundamentais, em especial os eminentemente sociais – os quais passam a ser considerados a base material da nova legitimidade.⁴⁹ Importante presença nesse processo evolucionário é creditada aos filósofos políticos Owen, Fourier, Saint-Simon, Proudhon – ligados ao Socialismo Utópico; e Marx e Engels – identificados como os filósofos do Socialismo Científico.⁵⁰

Socorre razão a Perez Luño ao argumentar que os direitos fundamentais de liberdade estavam mais voltados à proteção da classe burguesa dominante, que do homem como um todo.⁵¹ Esse, por certo, constituiu-se em um dos fatores que levou ao advento dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Outro fator decisivo para o aparecimento de ditos direitos foi a intrincada questão social que vigorava em boa parte da Europa e nos Estados Unidos da América.⁵² O problema social foi fruto do liberalismo econômico desenfreado, caracterizado pela livre

⁴⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29-30.

⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 56.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 48.

⁴⁹ FERRAZ J.R, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007. p. 431.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 47.

⁵¹ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. p. 38, tradução nossa. (De ahí que los derechos del hombre, que com tanta generosidad y amplitud formal recogen estos documentos, no Sean los derechos de todos los hombres – recuérdese que la mayor parte de constituciones de esta época establecen el sufragio censatario –, sino los del hombre burgués [...])

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 41-2.

iniciativa e pela forma estatal abstencionista. Houve substancial incremento da riqueza, a qual, porém, ao invés de beneficiar toda a sociedade, reverteu apenas em favor da classe burguesa dominante. Nesse contexto, a classe trabalhadora foi relegada a uma situação de verdadeira penúria.⁵³

Para esse quadro contribuíram o avanço das descobertas científicas e a Revolução Industrial. Produzia-se mais, com menos mão de obra.⁵⁴ O horror do desemprego virou realidade, juntamente com a despreocupação do Estado com as condições de trabalho da classe operária. Não era raro se deparar com jornadas exaustivas, trabalho infantil e condições insalubres de labor.⁵⁵

Já no ano de 1848, os socialistas científicos Marx e Engels redigem o Manifesto Comunista, o qual serviu de forte influência para a edição da Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, a qual fora promulgada pela extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, quando da Revolução de 1918.⁵⁶

Ingo Wolfgang Sarlet – ao abordar os fatores do advento dos direitos eminentemente sociais – ensina:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.⁵⁷

Com a soma desses fatores, eclode um novo protagonismo histórico – calcado na luta do proletariado pela melhoria das condições de vida. Os direitos fundamentais de liberdade exigiam uma limitação do poder estatal; já os direitos essencialmente sociais passam a exigir justamente o movimento contrário de ampliação dos poderes do Estado, traduzindo-se em verdadeiros poderes de exigir.^{58 59}

⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 42.

⁵⁴ CUNHA J.R, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 209.

⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 42-3.

⁵⁶ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. p. 38-9.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 6.

O Estado passa a ser visto como o amigo que deve intervir nas relações sociais em prol da garantia de certos níveis de direitos sociais, econômicos e culturais, com o desiderato de diminuição das desigualdades sociais. Os direitos essencialmente sociais representam direitos que exigem do Estado uma prestação positiva. Destacam-se, dentre eles, o direito à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho, à liberdade de sindicalização, os direitos trabalhistas etc. São os direitos próprios do Estado Social de Direito.

Foi da Constituição mexicana de 1917 a glória de ter sistematizado – pela primeira vez na história –, o conjunto de direitos sociais do homem, embora de maneira um pouco restrita.⁶⁰ Diversamente do que ocorrera com o Manifesto Comunista dos socialistas Marx e Engels de 1848, o qual não reconhecia as garantias dos direitos individuais, houve, na Carta Magna mexicana, em caráter inaugural, a conciliação entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.⁶¹

Mas a sistematização definitiva dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais é creditada à Constituição de Weimar de 1919. Foi ela a que exerceu maior influência no constitucionalismo do período posterior à Primeira Guerra.⁶² Como bem doutrina Perez Luño: “A Constituição de Weimar foi, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que tem tentado conjugar em seu sistema de direitos fundamentais as liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais”.⁶³

O evoluir do homem e a insuficiência do Estado Social – que compadece com regimes políticos distintos e antagônicos, tal qual a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo –, conduz ao Estado Democrático de Direito e aos direitos de solidariedade (ou fraternidade).

O Estado Democrático de Direito – para assim ser considerado – deve atender a uma série de princípios, quais sejam: a) constitucionalidade; b) democracia; c)

⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49-50.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 164.

⁶¹ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. p. 39.

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 164.

⁶³ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. p. 40, tradução nossa. (La Constitución de Weimar há sido, durante mucho tiempo, el texto inspirador de las cartas constitucionales que han tentado conjugar en su sistema de derechos fundamentales las libertades con los derechos económicos, sociales y culturales)

sistema de direitos fundamentais; d) justiça social; e) igualdade; f) divisão de poderes; g) legalidade; e h) segurança e certeza jurídica.⁶⁴

Trata-se, por certo, de um novo conceito de Estado: não limitado à soma dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático. Na realidade, esta forma estatal representa uma superação das outras modalidades de Estado (o Liberal e o Social), porquanto incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁶⁵ Nos dizeres de Lênio Luiz Streck, essa nova forma estatal representa um verdadeiro *plus* às modalidades anteriores de Estado (*plus* esse baseado em dois alicerces: a democracia e os direitos fundamentais).⁶⁶

Dentre os direitos de solidariedade inexoravelmente ligados ao Estado Democrático de Direito, incluem-se aqueles direitos fundamentais que “protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são, ao mesmo tempo, bens comunitários de que todos são titulares – e aliás, não só todos os vivos, mas ainda os elementos das gerações futuras”.⁶⁷

Tais direitos se desprendem da figura do homem-indivíduo e caminham no sentido dos direitos de titularidade coletiva ou difusa, incluindo-se, nesta concepção, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação.⁶⁸ Diferenciam-se pela eminente nota da titularidade coletiva e são usualmente designados como direitos de solidariedade ou fraternidade justamente porque possuem uma implicação transindividual, dependente, pois, para sua efetivação, da conjugação de uma soma de esforços em grande escala, quiçá mundial.⁶⁹

Note-se que, com o advento do Estado Democrático de Direito, o povo é colocado no seio da Constituição – transmutando-se de conceito metafísico ou abstrato em verdadeira instância material de orientação das decisões da Nação. Nas palavras de Paulo Bonavides, “Com a democracia participativa a soberania passa do Estado para a

⁶⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Dos direitos sociais aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 67.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 123.

⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 86.

⁶⁷ VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais do século XXI*. Disponível em: <www.georgemlima.xpg.com.br/andrade.pdf>. Acesso em: 24/3/2010. p. 7-8.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

Constituição, porque a Constituição é o poder vivo do povo, o poder que ele não alienou em nenhuma assembléia ou órgão de representação [...]”.⁷⁰

Como se pode perceber, houve sensível evolução no que atine aos direitos fundamentais e às formas estatais ao longo dos últimos tempos. Os progressos verificados são resultado da própria essência evolutiva do homem, o qual está em constante transformação. É importante ter em mira tal panorama porque mais adiante se procurará situar o direito à saúde dentro da linha evolutiva dos direitos fundamentais. De outro ângulo, é imprescindível a investigação dos fatores sociais, econômicos e culturais que levaram ao advento do Estado Democrático de Direito para facilitar, oportunamente, a compreensão do papel do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional no Brasil, notadamente no que tange ao direito à saúde (e fornecimento de fármacos).

Por ora – e antes de se adentrar em tais discussões –, cabe dar continuidade ao estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, o que se dará mediante a abordagem científica da dupla perspectiva dos direitos fundamentais, característica essa de vital importância para o estudo do direito à saúde.

1.2 A DUPLA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Talvez a constatação de uma dupla perspectiva dos direitos fundamentais tenha sido um dos mais importantes passos dados pelo direito constitucional da atualidade, mormente no que tange à dogmática dos direitos fundamentais. Para o desenvolvimento dessa tese teve distinta importância a Lei Fundamental Alemã de 1949 e a decisão proferida pela Corte Federal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) no sempre mencionado caso Lüth.⁷¹ Pela sua destacada importância, passa-se à reconstrução fática do caso Lüth, extraída da narrativa de Marmelstein.⁷²

Erich Lüth era crítico de cinema e dirigia o Clube de Imprensa de Hamburgo. Ocorre que – quando da realização da Semana do Filme Alemão – ele acabou tecendo críticas contundentes contra o principal roteirista e diretor cinematográfico do

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 56.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 141-3.

⁷² MARMELSTEIN, George. *50 anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão do pós-guerra*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 3/8/2010.

regime nazista – Veit Harlan. Segundo a crítica deduzida, o juízo absolutório exarado em favor deste teria conotação meramente formal. Isto é: teria ele sido submetido a uma verdadeira condenação moral.

Em face dessas críticas, a produtora do filme que à época estava sendo dirigido por Veit Harlan, a empresa *Domnick Film Produktion GMBH*, passou a exigir explicações de Lüth sobre a crítica por ele tecida contra Veit Harlan. Erick Lüth, ao invés de dar explicações sobre as críticas, reforçou-as por intermédio de uma carta aberta divulgada à imprensa. Em tal expediente ele convocava um verdadeiro boicote ao filme que Veit Harlan estava dirigindo na época (era o ano de 1950).

Esse foi o estopim que justificou o ajuizamento – por parte da *Domnick Film Produktion GMBH* e da *Herzog-Film GMBH* – de ações contra Erich Lüth, cujo objeto era a tutela inibitória, a fim de que fossem cessadas as críticas tecidas pelo réu, bem como, a tutela condenatória ao pagamento de indenização por danos morais.

Regularmente ajuizadas e processadas as demandas – sobreveio julgamento do Tribunal Estadual de Hamburgo –, pelo qual foram julgados procedentes os pedidos deduzidos. Erich Lüth, diante do revés judicial, ofertou reclamação constitucional, a qual foi provida e culminou com a cassação do julgamento da instância *a quo*, determinando, ainda, a prolação de nova decisão, à luz do direito fundamental de liberdade de pensamento.

Este julgamento é paradigmático e tem muitos aspectos relevantes no que toca à temática dos direitos fundamentais. Em especial, porque foi por meio dele que se deu continuidade a uma tendência que já existia em outros julgados da Corte Federal Constitucional da Alemanha. Nele ficou assentado que os direitos fundamentais “não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público”.⁷³

Deveras, além dessa perspectiva subjetiva, reconheceu-se que os direitos fundamentais também “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.⁷⁴

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 143.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 143.

Essa dupla dimensão dos direitos fundamentais é muito bem enaltecida por Perez Luño, quando afirma que “Os direitos fundamentais se apresentam na ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos [...] e, ao mesmo tempo, como o marco de proteção das situações jurídicas subjetivas”.⁷⁵ No mesmo trilho segue a doutrina de Konrad Hesse, para quem os direitos fundamentais não são apenas “direitos subjetivos, mas, ao mesmo tempo, princípios objetivos da ordem constitucional”.⁷⁶

Cumprе também trazer à colação lapidar definição de Luiz Guilherme Marinoni:

Quando se afirma a dupla dimensão, *objetiva e subjetiva*, dos direitos fundamentais, deseja-se realçar que as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem apenas ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade. Ou seja, os direitos fundamentais não apenas garantem direitos subjetivos, mas também fundam princípios objetivos orientadores do ordenamento jurídico.⁷⁷

Passou-se, então, a conceber os direitos fundamentais levando-se em consideração uma dupla perspectiva: a perspectiva jurídico-objetiva e a jurídico-subjetiva. A referência aos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos traz à mente uma relação jurídica trilateral. Essa relação jurídica é, pois, formada entre o titular, o objeto e o destinatário.

Trata-se, então, da ideia de que ao titular de um direito fundamental é possibilitada a imposição judicial dos seus interesses juridicamente tutelados em desfavor de um destinatário ou obrigado.⁷⁸ Na feliz definição de Dirley da Cunha Jr, os direitos fundamentais subjetivos “conferem aos seus titulares a prerrogativa de exigir os seus interesses em face dos órgãos estatais ou qualquer outro eventual obrigado, que se contraem do dever jurídico de satisfazê-los, sob pena de serem acionados judicialmente”.⁷⁹

⁷⁵ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. p. 40, tradução nossa. (Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (la doctrina germana los califica, por ello, de *Grundwert*) y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas)

⁷⁶ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 35-6.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 73.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 152.

⁷⁹ CUNHA J.R, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 232.

Essa dimensão subjetiva dos direitos fundamentais – longe de poder ser exercida exclusivamente perante o poder público – também o pode ser em relação aos demais membros da sociedade.⁸⁰

Usualmente se concebe os direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva, levando-se em consideração, unicamente, o seu viés negativo ou de defesa. Todavia, o seu conteúdo não se resume a isso, já que a par disso também se deve acrescentar uma significação positiva.⁸¹ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet,

quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou o ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.⁸²

Para Peces-Barba Martínez, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais é exercida através de três funções indissociáveis: a) a função garantidora ou protetora; b) a função participativa; e c) a função promocional.⁸³ A função garantidora atua “criando espaços isentos, onde os titulares dos direitos podem atuar livremente e sem interferências para poder exercer a liberdade de eleição”.⁸⁴ A função participativa é a possibilidade de o indivíduo vir a participar da formação da vontade dos poderes ou serviços públicos. Já a função promocional supõe o apoio dos poderes públicos, dos grupos e dos indivíduos para suprir e promover condições que possibilitem ao indivíduo remover obstáculos que impedem ou dificultam o desenvolvimento de sua moralidade.⁸⁵

Segundo o autor espanhol, a essas três grandes funções, em casos excepcionais, somar-se-ia uma quarta: a função de dissenso. Em sua teoria, todas as funções teriam por escopo tornar possível a autonomia ou independência moral. A diferença reside no fato de que as três primeiras atuam no sentido do consenso majoritário

⁸⁰ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. p. 22.

⁸¹ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 35.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 154.

⁸³ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 423.

⁸⁴ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 424, tradução nossa. (La función garantizadora lo hará creando espacios exentos, donde los titulares de los derechos puedan actuar libremente y sin interferencias para poder ejercer la libertad de elección)

⁸⁵ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 424.

para tornar isso possível, enquanto que a quarta função enfrenta esse consenso para o atingimento dessa mesma finalidade.⁸⁶

Nessa quadra, pode-se concluir: a) que a função garantidora ou protetora é de cunho liberal e busca obstar um comportamento invasor não desejado; b) que a função participativa possui uma ideologia democrática – já que representa a possibilidade de participação do titular dos direitos na vontade pública; c) que a função promocional é de natureza social, porquanto fundada na igualdade material dos indivíduos e na solidariedade; e d) que a função de dissenso retoma a ideologia liberal, na medida em que se interessa pelos comportamentos da maioria, nas hipóteses em que eles possam afetar as opções individuais, interferindo na moralidade privada.

Já em sua perspectiva jurídico-objetiva, os direitos fundamentais são concebidos como um conjunto de valores objetivos básicos e de diretrizes da atuação positiva do Estado.⁸⁷ Para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais, vistos em sua dimensão objetiva, desligam-se da relação entre indivíduos e o Estado para se transformarem naquilo que denomina de princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional (condicionados como componentes estruturais básicos da ordem jurídica).⁸⁸

Os valores objetivos dos direitos fundamentais trazem consigo alguns desdobramentos. Um dos primeiros a ser mencionado é o da eficácia dirigente dos direitos fundamentais em relação aos órgãos do Estado. Isto é, há uma irradiação de ordem aos entes estatais no sentido da concretização e realização dos direitos fundamentais.⁸⁹

Como se denota, a importância da concepção objetiva dos direitos fundamentais não se resume a um aspecto meramente teórico. Na realidade, ela assume nítida importância prática na medida em que a estrita observância dos direitos fundamentais pelos poderes constituídos se traduz em uma obrigação positiva de realização e concretização dos direitos fundamentais – mesmo nas hipóteses de ausência de direito subjetivo dos cidadãos.⁹⁰ É com base neste desdobramento da perspectiva jurídico-

⁸⁶ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 423-4.

⁸⁷ CUNHA J.R, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 232.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 143.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 146.

⁹⁰ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39.

objetiva dos direitos fundamentais que se sustenta, inclusive, a existência do direito fundamental à efetivação da Constituição.

Outra faceta dessa perspectiva objetiva é a constatação de que os direitos fundamentais também servem para fins de exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.⁹¹ Salutar importância também é creditada ao efeito irradiante dos direitos fundamentais em todo o ordenamento jurídico – o qual também fora deduzido da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na decisão do caso Lüth.⁹²

Por isso se entende que os direitos fundamentais “servem de pauta tanto para o legislador como para as demais instâncias que aplicam o Direito, as quais, ao estabelecer, interpretar e pôr em prática normas jurídicas, deverão ter em conta os efeitos dos direitos fundamentais”.⁹³ Segundo ilação da doutrina espanhola, “os direitos fundamentais contribuem com a maior amplitude e profundidade para conformar a ordem jurídica infraconstitucional”.⁹⁴

Essa eficácia irradiante – denominada de *Ausstrahlungswirkung* pela dogmática alemã – se traduz em diretriz para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, daí se falar em uma espécie de interpretação conforme aos direitos fundamentais.⁹⁵ Interessante ponderar que esse efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre o ordenamento jurídico se dá tanto nas relações jurídicas mantidas entre a sociedade e o poder público quanto nas relações jurídicas entre particulares. Neste último caso se fala em eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou *Drittwirkung* para os alemães.⁹⁶

Outro desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais diz respeito aos deveres de proteção (*Schutzpflichten*). Por isso se entende que os poderes públicos, vinculados como estão aos direitos fundamentais, possuem não apenas o dever de

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 147.

⁹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154.

⁹³ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39.

⁹⁴ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. p. 21-2, tradução nossa. (Por ser expresión del conjunto de valores o decisiones axiológicas básicas de una sociedad consagrados em su normativa constitucional, los derechos fundamentales contribuyen con la mayor amplitud y profundidad a conformar el orden jurídico infraconstitucional)

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 147.

⁹⁶ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39.

se absterem de lesar os bens jurídicos fundamentais. Segundo referida teoria, incumbe aos poderes constituídos um dever de atuação positiva na proteção dos direitos fundamentais das mais variadas ameaças, nelas incluídas as que provenham de outros particulares.⁹⁷

Ingo Wolfgang Sarlet – ao tratar da teoria dos deveres de proteção – bem ensina que este dever de zelo imputável ao Estado, no que toca aos direitos fundamentais dos indivíduos, não se restringe apenas às eventuais ameaças provindas dos poderes públicos. Ele inclui, por certo, a proteção desses direitos também contra agressões patrocinadas por particulares ou mesmo por outros Estados. E, para se desincumbir de tal mister, deve o Estado lançar mão da mais variada ordem de medidas positivas: proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, administrativa etc.⁹⁸

Como último desdobramento desta dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, calha mencionar a função consistente em servir de parâmetro de criação e constituição de organizações ou instituições estatais e para o procedimento.⁹⁹ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a conformação de um direito organizacional e procedimental é salutar e de certa forma auxilia na efetivação da proteção dos direitos fundamentais.

De todo o exposto – e com supedâneo nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet –, é possível verificar que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se constitui em importante nicho de fundamentação para a atribuição de novas funções aos direitos fundamentais. Com isso, caminha-se na construção de novos conteúdos que permitem lograr uma maior efetivação dos direitos fundamentais. Tal valorização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser enquadrada naquilo que doutrinariamente é designado de mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*) – impulsionada pelo advento do Estado Democrático de Direito e pela noção de insuficiência dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos.¹⁰⁰

Feitas essas considerações doutrinárias acerca da dupla perspectiva dos direitos fundamentais, o que será de grande valia quando do exame do direito fundamental à saúde, passa-se a imiscuir na questão atinente à jusfundamentalidade, eficácia jurídica e

⁹⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 162.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 148-9.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 150.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 151.

aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que concerne à disposição constante do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal.

1.3 JUSFUNDAMENTALIDADE, EFICÁCIA JURÍDICA E APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A INTRINCADA QUESTÃO RELATIVA AO ART. 5.º, § 1.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Precedentemente à incursão na temática atinente à jusfundamentalidade, eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, há que se tecer algumas considerações distintivas terminológicas necessárias.

Inicialmente há que se ter em mira que a *vigência* diz respeito à existência específica da norma no ordenamento jurídico. José Afonso da Silva – arvorando-se em clássico entendimento do positivismo kelseniano –, bem coloca que a *vigência* tem em conta o mundo do dever-ser (enquanto que a *eficácia* leva em consideração a ordem do ser). Segundo o constitucionalista pátrio, tem-se a *vigência* como verdadeiro pressuposto do reconhecimento da eficácia da norma. É fácil observar que a *vigência* precede a eficácia da norma (esta precisa entrar em vigor para então ser seguida e aplicada).¹⁰¹

Já a expressão *eficácia* é tomada pela doutrina em duas faces distintas (embora conexas): a *eficácia social* e a *eficácia jurídica*. Para o publicista José Afonso da Silva, “A *eficácia social* designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma”.¹⁰² Refere-se ela (a *eficácia social*) à constatação empírica de que a norma é realmente obedecida e aplicada – e por isso tal expressão denota relação de identidade com o vocábulo *efetividade*. Essa *eficácia social* – vista como sinônima do conceito de *efetividade* – traduz-se na materialização da norma no mundo dos fatos.¹⁰³ Já a *eficácia jurídica* diz respeito “à aplicabilidade, exigibilidade, ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”.¹⁰⁴ Uma norma dotada de *eficácia jurídica* é

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 64.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 65.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 83.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 66.

justamente aquela norma dotada de possibilidade de aplicação no caso concreto.¹⁰⁵ O traço distintivo da *eficácia jurídica* é justamente o conteúdo de possibilidade. O conceito de *eficácia social* não gira ao redor da possibilidade (e sim da *efetividade*).

Cabe por fim pontuar – no que tange às considerações terminológicas –, que o conceito de *aplicabilidade* guarda íntima conexão com o de *eficácia jurídica*. Filia-se aqui ao pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual considera como conexas e indissociáveis as noções de *eficácia jurídica* e *aplicabilidade*.¹⁰⁶ Para ele, *eficácia jurídica* e *aplicabilidade* são as duas faces de uma mesma moeda e não se pode conceber a existência de norma juridicamente eficaz e destituída de aplicabilidade. Isso, no entanto, não suprime a possibilidade de que a norma juridicamente eficaz e aplicável não seja aplicada e não alcance *eficácia social* ou *efetividade*.

Há dificuldade em lidar com os direitos sociais na doutrina e na jurisprudência, pois tais direitos terminam sendo rebaixados na hierarquia normativa, sendo concebidos como meras normas programáticas.¹⁰⁷ Nesta ótica, a doutrina soa apresentar os direitos sociais como direitos posteriores, inferiores e distintos dos direitos civis e políticos. Ou seja: sob esta concepção ter-se-iam os direitos sociais como direitos de segunda linha.¹⁰⁸

Essa corrente tolhe dos direitos sociais a característica de direitos fundamentais, reservando-a tão-somente para os direitos civis e políticos. Parte ela da ideia de que os direitos sociais não são verdadeiros direitos.¹⁰⁹ Como consequência desta orientação teórica, suprimem-se dos direitos sociais a sua aplicabilidade imediata, relegando-os à condição de meras normas programáticas.¹¹⁰

No âmbito teórico, segundo lição de Vicente Barretto¹¹¹, edificaram-se três espécies de falácia – todas elas ancoradas no fundamento da exclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais. São elas: a) possível conflito latente dos direitos sociais com os direitos civis e políticos: em caso de implementação dos direitos sociais haveria

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 237-8.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 238.

¹⁰⁷ BARRETTO, Vicente. *Reflexões sobre os direitos sociais*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003. p. 3-4.

¹⁰⁸ PISARELLO, Geraldo; MORALES, Aniza García; DÍAZ, Amaya Olivas. *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*. Albacete: Editorial Bomarzo S. L., 2009. p. 11.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 151.

¹¹⁰ BARRETTO, Vicente. *Reflexões sobre os direitos sociais*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003. p. 9.

¹¹¹ BARRETTO, Vicente. *Reflexões sobre os direitos sociais*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003. p. 10-4.

violação dos direitos consagrados no estado liberal (liberdades individuais e propriedade); b) concepção funcional dos direitos sociais: os direitos sociais tem uma função reparadora, sendo subsidiários em relação aos direitos civis e políticos (vertente teórica derivada da teoria da reserva do possível e do mínimo social); e c) concepção do formalismo positivista: entende o direito como um sistema de normas fulcrado no império da liberdade meramente formal (a qual norteia a aplicação da lei). Para o filósofo, essas três questões são, na realidade, “faces de uma mesma ideia”, qual seja, a de que “os direitos sociais não passam de promessas vazias, e que, em última análise, acabam sendo atentatórios às liberdades e direitos individuais”.¹¹²

Na realidade, a razão do rebaixamento dos direitos sociais frente aos direitos civis e políticos era a constatação de que o conteúdo destes últimos era negativo, enquanto que aqueles (os direitos sociais) seriam dotados de um conteúdo positivo e, por demandarem recursos, dependeriam de mediação legislativa e políticas públicas.¹¹³

No entanto, o argumento é falho.

Isso porque há muitos direitos sociais cujo conteúdo não se limita ao cunho positivo e prestacional. Deveras, há direitos sociais de cujo conteúdo derivam notadamente obrigações de não interferência do poder público, como é o caso do direito de sindicalização. De outro vértice, existem direitos sociais que se constituem em meras limitações no âmbito da relação laboral, tais quais: a limitação da jornada de trabalho, o direito a férias etc.¹¹⁴

Por fim, mesmo os direitos sociais cuja nota essencial é o caráter prestacional são dotados de um conteúdo negativo ou de abstenção que deve ser observado pelo Estado, sendo exemplo disso a obrigação estatal consistente em não prejudicar a saúde do indivíduo. Como bem pondera a doutrina de Geraldo Pisarello, Aniza García Morales e Amaya Olivas Díaz, “[...] vai adquirindo força a ideia de que todos os direitos – civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais – apresentam tanto dimensões negativas de liberdade como dimensões positivas de prestação”.¹¹⁵

¹¹² BARRETTO, Vicente. *Reflexões sobre os direitos sociais*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003. p. 14.

¹¹³ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 37.

¹¹⁴ ROIG, María José Añón; AÑÓN, José Garcia (org). *Leciones de derechos sociales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 62.

¹¹⁵ PISARELLO, Geraldo; MORALES, Aniza García; DÍAZ, Amaya Olivas. *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y limites*. Albacete: Editorial Bomarzo S. L., 2009. p. 11-2, tradução nossa. ([...] va adquiriendo fuerza la idea de que todos los derechos – civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales – presentan tanto dimensiones negativas de liberdade como dimensiones positivas

A falibilidade do argumento também resulta da constatação empírica de que o caráter prestacional não se resume aos direitos sociais. Segundo Maria José Añón Roig e José Garcia Añón, mesmo os direitos civis e políticos também são dependentes de técnicas prestacionais para sua plena satisfação.¹¹⁶ Pense-se, por exemplo, no direito ao voto. Para assegurá-lo, há necessidade de implementação de uma Justiça Eleitoral dotada de infraestrutura tecnológica e de pessoal que possa assegurar o gozo de tal direito político. O mesmo raciocínio aplica-se aos direitos civis dependentes da implementação de cartórios extrajudiciais pelo Estado (como é o caso do casamento e do exercício da liberdade de contratar que exija a lavratura de instrumento público etc). O próprio direito de acesso à jurisdição depende da implementação de um Poder Judiciário dotado de condições mínimas para atendimento dos jurisdicionados. Tudo isso não custa pouco em nenhum lugar do mundo.

Na obra intitulada *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, os autores americanos Cass R. Holmes e Stephen Sustain demonstram – inclusive com o apontamento de valores gastos pelos Estados Unidos da América –, que mesmo os direitos de liberdade possuem custos. Consoante a mencionada doutrina, mesmo os direitos clássicos de liberdade, como o direito à propriedade, pressupõem algum custo financeiro (ainda que para fins de custeio de uma estrutura de fiscalização).¹¹⁷

Não há, pois, como se sustentar a dicotomia entre direitos civis e políticos de um lado e os direitos sociais de outro. Tanto isso é verdade que, em *nosso país*, o Constituinte acabou por consagrar expressamente os direitos sociais como direitos fundamentais. No âmbito da Constituição de República de 1988, os direitos sociais possuem jusfundamentalidade formal e material. Incluem-se, topograficamente, no Título II (que trata dos direitos e garantias fundamentais).^{118 119} Dita localização topográfica foi,

de prestación; que dan lugar tanto a obligaciones de hacer como de abstenerse; que imponen deberes tanto a los poderes públicos como a aquellos sujetos privados em condiciones de afectarlos; que demandam prestaciones más ou menos onerosas; que pueden adoptar carácter individual o colectivo, y que em todo caso, resultan indivisibles e interdependientes entre si)

¹¹⁶ ROIG, María José Añón; AÑÓN, José Garcia (org). *Leciones de derechos sociales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 62.

¹¹⁷ CASS, Sustain R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: WW Norton & Company, 1999.

¹¹⁸ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 101.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 151.

inclusive, um dos motivos que levou a doutrina e a jurisprudência pátria a considerar os direitos sociais como representantes dos direitos fundamentais.¹²⁰

Logo, forçoso concluir – especialmente em terras brasileiras –, que os direitos sociais incluem-se dentre os direitos fundamentais. E – diante de tal conclusão –, coloca-se em voga o problema da aplicabilidade imediata dos direitos sociais fundamentais, que é prevista pelo § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal brasileira. Segundo consta de sua redação: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.¹²¹

A consagração da eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais foi adotada pelo constituinte brasileiro na esteira de modelos já agasalhados por outros Estados. Desse modelo são exemplos a Lei Fundamental da Alemanha (1949) e a Constituição portuguesa (1976). Esse dispositivo constitucional desde logo coloca indagação pontual: qual é o alcance da norma constitucional que prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais?

Na literatura jurídica pátria só há certeza da inexistência de consenso. São variados os posicionamentos dos juristas. Reina a multiplicidade de entendimentos. O tema certamente coloca-se dentre os mais polêmicos do direito constitucional brasileiro.

Num dos extremos coloca-se a corrente daqueles que defendem que a norma que define a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais não pode afrontar a natureza das coisas. Dentre os juristas desta corrente encontra-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem: “A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta”.¹²² Portanto, segundo este entendimento, apenas as normas completas e suficientemente precisas é que são dotadas de eficácia imediata.

Ousa-se afirmar que tal posição extremada não pode prevalecer. Trata-se – como bem observado por Dirley da Cunha Jr –, de uma teoria simplista e pessimista.¹²³ Para este doutrinador, tal entendimento não se justifica porque deve ser privilegiada uma

¹²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63.

¹²¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 314-5.

¹²³ CUNHA J.R., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 272.

interpretação que busque extrair da norma constitucional a sua máxima utilidade e efetividade (o que por certo não estaria sendo observado ao se negar qualquer utilidade ao art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal de 1988).

Para Dirley da Cunha Jr, atentar contra a natureza jurídica das coisas é, na realidade, negar qualquer utilidade ao dispositivo constitucional em estudo.¹²⁴ O que a referida teoria propugna é reconhecer a completa irrelevância do preceito constitucional insculpido no art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal. Aderir a ela é “considerar o citado preceito como inexistente, ou, no mínimo, reconhecer que se cuida de fórmula destituída de conteúdo, visto que nada mais se pode fazer do que extrair da norma o que dela mesma é possível retirar”.¹²⁵

Num outro lado do *front* se posta parcela da doutrina que advoga a tese de que, por força do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal de 1988, todos os direitos fundamentais (aí incluídos os direitos fundamentais sociais) são dotados de eficácia bastante para serem imediatamente aplicados – independentemente de qualquer ato concretizador. Haveria um verdadeiro direito subjetivo individual (o qual não dependeria de qualquer concretização legislativa). Dentre os ilustres defensores desta teoria podem ser mencionados, a título exemplificativo: Eros Roberto Grau, Luís Roberto Barroso e Dirley da Cunha Jr.

Para esta doutrina,

[...] em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico dever-poder de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa.¹²⁶

Em que pese a envergadura intelectual dos autores que propugnam essa tese, também se ousa dela discordar. Embora se reconheça que o Poder Judiciário possa agir de forma a suplantar eventuais lacunas legislativas e administrativas obstativas da fruição dos

¹²⁴ CUNHA J.R., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 272.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 269.

¹²⁶ CUNHA J.R., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 278.

direitos fundamentais, peca esta corrente doutrinária por considerar a inexistência de quaisquer limites a essa atividade judicial. Tal teoria simplesmente fecha os olhos a verdadeiros empecilhos que obstam o asseguramento da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário – especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Como bem aponta Ingo Wolfgang Sarlet, não se pode simplesmente desconsiderar a influência exercida pelos limites da reserva do possível, pela colisão de direitos fundamentais e pela falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário (temas estes a serem objeto de abordagem na sequência do estudo).¹²⁷

No mesmo norte é a opinião de Felipe Derbli:

No que tange à justiciabilidade dos direitos prestacionais, por exemplo, não podem ser ignorados, na avaliação de cada caso concreto, outros fatores como, v.g., as limitações da reserva do possível, os demais direitos fundamentais eventualmente colidentes e a questão da legitimação do Poder Judiciário para ordenar a implementação de políticas públicas.¹²⁸

Outro ponto a ser considerado é a constatação de que a mesma Constituição que assegura aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais também prevê em seu texto o cabimento de mandado de injunção para os casos em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CRFB, art. 5º, inc. LXXI). Essa mesma lei fundamental também prevê, em seu art. 103 e § 2.º, a possibilidade de manejo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Vê-se, então, que a própria Constituição Federal parece reconhecer a existência de limites à eficácia imediata de todas as normas constitucionais ao prever remédios que visam suprir eventual omissão decorrente de ausência de concretização legislativa. Por esses motivos é que se perfilha de um entendimento intermediário entre os dois posicionamentos explicitados. Como bem aponta Ingo Wolfgang Sarlet: não se pode subestimar nem superestimar a disposição constitucional constante do art. 5.º, § 1.º.¹²⁹

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 269-70.

¹²⁸ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 118.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 268.

Urge reconhecer que as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais não são dotadas da mesma carga eficaz. Um dos fatores dessa diferença de eficácia é a existência de distintas técnicas de positivação. Como bem pondera a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet: “a carga eficaz será diversa em se tratando de norma de natureza programática (ou – se preferirmos – de cunho impositivo), ou em se tratando de forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular [...]”.¹³⁰ Segundo bem constata Felipe Derbli, não se pode comparar a carga eficaz de normas positivadas sob a fórmula “os trabalhadores têm direito a repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos” e “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.¹³¹

Outro fator diz respeito à função dos direitos fundamentais em jogo. Como já estudado anteriormente, os direitos fundamentais podem ser enquadrados em direitos de defesa e direitos a prestações. Segundo a doutrina, no primeiro grupo se situariam os direitos de liberdade, igualdade, as garantias e parte dos direitos sociais (as liberdades sociais) e políticos; já no segundo grupo adentrariam os direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e à participação na organização e os direitos sociais de natureza prestacional).¹³²

Logo, a eficácia e a aplicabilidade estão diretamente vinculadas tanto à forma de positivação quanto à função desempenhada pelos direitos fundamentais. Não há como dispensar o mesmo grau de eficácia e aplicabilidade aos direitos de defesa e aos direitos a prestações.

O cerne da problemática atinente ao art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, recai, principalmente, sobre os direitos à prestação (em especial os direitos sociais de cunho prestacional). Em regra, não se verificam maiores discussões quanto à aplicabilidade imediata dos direitos de defesa (aí incluída parte dos direitos sociais: as liberdades sociais). Isso porque os direitos de defesa normalmente se dirigem a um comportamento omissivo do Estado e porque as normas constitucionais que os consagram usualmente são dotadas de

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 260.

¹³¹ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 116.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 260.

densidade normativa suficiente para dispensar a necessidade de concretização legislativa.
133

Esta é uma das premissas que conduz ao acolhimento da corrente intermediária. Com amparo em Ingo Wolfgang Sarlet se afigura plausível entender que o art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, deve ser compreendido como um mandado de otimização ou maximização – de modo a estabelecer aos poderes constituídos a missão de reconhecer, em relação aos direitos fundamentais, a maior eficácia possível. Há necessidade desse meio-termo porquanto a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais não se pode resolver em matéria de tudo ou nada. O exame do grau de aplicabilidade dependerá da análise da hipótese em concreto.¹³⁴

Tem-se, como regra, a presunção de aplicabilidade imediata do direito fundamental – a qual somente poderá ser afastada, excepcionalmente, pelo próprio constituinte ou mediante a devida fundamentação e justificação.¹³⁵ Esta última hipótese excepcional, apta a justificar o afastamento da presunção de aplicabilidade, se dará nos casos da norma garantidora dos direitos fundamentais possuir insuficiente normatividade e não puder gerar a plenitude de seus efeitos sem a necessária concretização legislativa.¹³⁶ Tal conclusão arvora-se, ainda, nos ensinamentos doutrinários de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins.¹³⁷

Passa-se, agora, ao aprofundado estudo das restrições aos direitos fundamentais.

1.4 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Torna-se necessária uma abordagem da questão respeitante à restrição dos direitos fundamentais num trabalho que se propõe a analisar a normatividade do direito fundamental à saúde. Para que mais adiante se lance mão da análise dos dispositivos

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 274.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 270.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 271.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 270.

¹³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989. p. 393.

constitucionais que tratam do direito à saúde, torna-se irretorquível debruçar-se sobre este tema, que no presente estudo é dividido nas seguintes categorias: a) regras e princípios; b) âmbito de proteção ou suporte fático; c) restrições; e d) restrições das restrições.

Muito embora a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, ao contrário das Constituições de outros países, como Alemanha, Portugal e Espanha, seja silente quanto à adoção de um sistema constitucional acerca das restrições dos direitos fundamentais – à exceção da previsão de reserva de lei e da institucionalização das cláusulas pétreas –, o esquema de divisão do estudo nas categorias dogmáticas acima propostas acabou sendo recepcionado (ainda que com algumas variações) pela jurisdição constitucional brasileira (seja por parcela significativa da doutrina ou mesmo pela jurisprudência).¹³⁸

Isso se dá porque é fácil perceber que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção ou suporte fático, o qual pode ser objeto de intervenções por parte dos poderes constituídos.¹³⁹ Essa proposta partição no estudo do tema – consistente na divisão em regras e princípios, âmbito de proteção ou suporte fático, restrições e restrições das restrições – não contribui apenas para um estudo mais estruturado do tema. Ao revés, constitui-se em pressuposto fundamental para o correto manejo das normas de direitos fundamentais.¹⁴⁰

1.4.1 Regras e princípios

A distinção entre regras e princípios proposta pela teoria dos princípios de Robert Alexy é um mecanismo para a resolução de inúmeros problemas que permeiam a dogmática dos direitos fundamentais. É com base nessa distinção que se estrutura toda a teoria da restrição dos direitos fundamentais. Além disso, é elemento indispensável para a existência da teoria da colisão e para a análise do papel dos direitos fundamentais em dado ordenamento jurídico. Tal dicotomia entre regras e princípios não tem sua aplicação restrita aos direitos de liberdade e igualdade, aplicando-se, inclusive, aos direitos à

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 385-6.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 386.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 387.

proteção, à organização e procedimento e, no que mais interessa ao trabalho proposto, aos direitos de prestação em sentido estrito.¹⁴¹

Na doutrina pátria usualmente se utiliza uma série de critérios distintivos entre regras e princípios. Dentre as mais usuais, destaca-se o critério do grau de importância, pelo qual se teriam como princípios as normas dotadas de maior grau de importância no ordenamento jurídico, enquanto que às regras ficariam reservadas as normas cujo escopo seria o de concretização desses princípios. Outro critério largamente empregado é o que diz respeito ao grau de abstração, de modo a entender que os princípios seriam aquelas normas mais genéricas e abstratas, ao passo em que as regras se constituiriam nas normas mais específicas e concretas.¹⁴²

Há, também, outros critérios distintivos utilizados pela doutrina brasileira e alienígena, quais sejam: o da determinabilidade dos casos de aplicação, o da forma de seu surgimento (normas criadas e normas desenvolvidas), o do caráter explícito do seu conteúdo axiológico e o da referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema. Mostra-se, ainda, possível a distinção com base no critério da razão ou com supedâneo na dicotomia normas de argumentação e normas de comportamento.¹⁴³

Para a teoria dos princípios de Robert Alexy¹⁴⁴, a diferença entre princípios e regras não reside em uma distinção de grau, mas em uma distinção qualitativa das normas. Tanto regras quanto princípios são considerados espécies de normas porque ambas dizem o que deve ser. Essa concepção traz ínsita a ideia de que toda a norma ou é da espécie princípio ou é da espécie regra.

O cerne da teoria dos princípios recai sobre a definição dos princípios como mandados de otimização. Com base nessa concepção, entende-se que os princípios são espécies de normas “que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.¹⁴⁵

Isso traduz a ideia de que os princípios, considerados como mandados de otimização, comportam distintos graus de satisfação, dependentes não só das possibilidades fáticas como também das jurídicas. Significa dizer que a ideia regulativa é a

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

¹⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44.

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88-9.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87 e 91.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

da realização máxima da norma, a qual, entretanto, pode vir a não ocorrer nos casos em que não houver a concorrência ideal das condições fáticas e jurídicas.¹⁴⁶

Já as regras – diferentemente dos princípios –, são espécies de normas que sempre se orientam pelo binômio satisfeitas-não satisfeitas. Ou seja, são normas que não comportam graus de realização: ou se faz exatamente aquilo que ela exige ou não se faz.¹⁴⁷ Em suma, não há meio-termo nos casos de normas da espécie regra.

Considerando que as regras são normas que garantem direitos definitivos, há a possibilidade de conflitos entre elas – os quais devem ser solucionados de forma a não solapar a sua definitividade. É por isso que o conflito de regras resolve-se no plano da validade, com base na ideia de “tudo-ou-nada”.¹⁴⁸ Daí decorre a conclusão de que, ou se introduz em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se declara a invalidade, no todo ou em parte, de uma das regras em conflito (o problema da validade pode ser resolvido mediante a aplicação de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali* ou também de acordo com a importância de cada regra em conflito).¹⁴⁹

A colisão de princípios é deveras recorrente justamente porque estes, tomados como mandados de otimização, carregam em si uma tendência expansiva (o que tende a fazer com que a realização de um princípio acabe sendo restringida pela realização de outro princípio). Pode-se citar, a título exemplificativo, o conflito existente entre a norma da espécie princípio que garante a liberdade de imprensa e a que prevê a proteção da privacidade e honra das pessoas. Verificada a colisão de princípios, esta se resolve de forma bastante diferenciada em relação ao conflito de regras, com base em relações condicionadas de precedência. Isso significa dizer que um princípio não se constitui em exceção ao outro.

Nos casos de colisão de princípios, a prevalência de um dos princípios em relação ao outro sempre dependerá da análise do caso concreto. Tomado o exemplo acima, se afigura plausível assentar que, numa dada situação fática, poderá ter prevalência a liberdade de imprensa e, em outra, a proteção da privacidade e honra das pessoas

¹⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

¹⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92-3.

(justamente ao contrário do que ocorre em relação ao conflito de normas da espécie regras).¹⁵⁰

Importante consignar que o fato de um princípio ceder em favor do outro princípio colidente não importa em necessidade de inclusão de uma cláusula de exceção nem tampouco em declaração de invalidade deste, de modo que ambos os princípios permanecem válidos ulteriormente à colisão. O que deve ficar claro é que os conflitos envolvendo regras se solucionam na dimensão da validade e as colisões entre princípios (sempre válidos) se dá numa dimensão de peso.¹⁵¹

Ponto tratado de forma superficial por Robert Alexy¹⁵² diz respeito à questão envolvendo a possibilidade de existência de colisão entre princípios e regras. Segundo o doutrinador germânico, há sim possibilidade dessa colisão, a qual, em sua ótica, deve ser dirimida pelo sopesamento. Esse sopesamento não se daria entre o princípio e a regra – até porque em sua teoria dos princípios não se admite o sopesamento das normas da espécie regras. No seu entendimento, ele (o sopesamento) deveria ser realizado entre o princípio em colisão e o princípio na qual a regra se baseia.

Segundo Virgílio Afonso da Silva¹⁵³, esse não é o entendimento adequado. Isso porque tal concepção traz consigo a ideia de que o intérprete do direito estaria sem amarras e poderia afastar a aplicação de uma regra com base na existência de um princípio que justificasse tal proceder, circunstância essa que traria enorme insegurança jurídica. Tal raciocínio iria de encontro com a própria natureza das regras, que é a de manter certo grau de segurança jurídica em dado ordenamento jurídico. Para o jurista brasileiro, inexiste uma colisão propriamente dita, já que nesses casos a regra nada mais representa que o produto do sopesamento realizado pelo legislador com base em dois princípios colidentes. Conclui, então, a nosso ver acertadamente, que na realidade a relação é de restrição (e não de colisão) – sendo que a regra é resultado dessa restrição e, portanto, deve ser aplicada mediante subsunção.

¹⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 50.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-4.

¹⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

¹⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 52.

1.4.2 Âmbito de proteção ou suporte fático

É assente e não comporta maiores ilações o entendimento doutrinário que aponta para a inexistência de direitos fundamentais absolutos. Isso porque ditos direitos devem ser encarados como normas da espécie princípio, o que afasta a ideia de blindagem contra eventuais restrições.¹⁵⁴ Nada obstante, deve ser considerada a existência de duas teorias que versam acerca das restrições e limites dos direitos fundamentais.

A teoria interna sustenta que o direito fundamental já nasce limitado e existe desde sempre com o seu conteúdo determinado. Essa teoria abandona a noção de restrições aos direitos fundamentais e arvora-se na concepção da existência de limites implícitos aos direitos fundamentais (os chamados limites imanentes). Ela não concebe a possibilidade lógica da existência de restrições aos direitos fundamentais justamente porque o cerne dessa teoria reside na identificação de direitos cujo alcance é definido de antemão.¹⁵⁵ Segundo ela, não existem duas coisas distintas: o direito e sua restrição (mas apenas uma coisa: o direito com um determinado conteúdo).¹⁵⁶ Depreende-se, então, que a própria denominação da teoria interna advém da ideia de que o processo de definição de cada direito fundamental é algo interno a ele.¹⁵⁷

De outra banda, a teoria externa trabalha com um conceito dual: o do direito e o da restrição. Distingue ela entre os direitos fundamentais e as restrições que porventura lhes sejam impostas.¹⁵⁸ Há, num momento inicial, o direito fundamental em si, não restringido; e, posteriormente, o produto que resta da imposição da restrição: o direito restringido.¹⁵⁹

É justamente a existência desses dois objetos concebidos pela teoria externa que permite a utilização do sopesamento como forma de solução das colisões de princípios, já que essa teoria trabalha com a posição de direito *prima facie*.¹⁶⁰ A adoção da teoria interna é incompatível com o sopesamento justamente porque os direitos definidos sob seu

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 387-8.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 388.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

¹⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 128.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 389.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

¹⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 138.

enfoque possuem sempre a estrutura de regras (que se identifica com a posição de direito definitivo).¹⁶¹

Na realidade, o grande problema da teoria interna é justamente delimitar aquilo que é protegido e está dentro dos limites imanentes daquilo que não é protegido.¹⁶² Nesse ponto, a adoção da teoria externa apresenta considerável vantagem em termos de operacionalidade, já que é dotada de maior transparência metodológica, justamente por imputar ao intérprete da restrição o ônus da sua justificação. Com a teoria externa permite-se um controle não só do resultado como também dos meios e do caminho trilhado desde uma posição *prima facie* até um direito definitivo. Tem-se, então, um controle do procedimento (o que não é obtido com a utilização da teoria interna).¹⁶³

É nítida a estreita ligação da teoria dos princípios de Robert Alexy com a teoria externa – porquanto ela parte da premissa de que os direitos fundamentais constituem-se em posições *prima-facie*.¹⁶⁴ Tendo em mira a identificação dos direitos fundamentais como princípios, a teoria dos princípios concebe a possibilidade de colisão e restrições a esses direitos.

1.4.3 Restrições aos direitos fundamentais

Como visto, a teoria dos princípios versa acerca da possibilidade de existência de restrições aos direitos fundamentais. No entanto, cabe assinalar que os poderes constituídos não se limitam a impor restrições aos direitos fundamentais. Deveras, ao lado disso há também o que se chama de regulação ou conformação dos direitos fundamentais.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes¹⁶⁵ e Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶⁶, essas normas regulativas ou conformativas são aquelas que não importam em restrições aos

¹⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 129.

¹⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 133.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 390.

¹⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 139.

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16-7.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 391.

direitos fundamentais – destinando-se exclusivamente a completar, densificar e concretizar um direito fundamental. Essa regulação ou conformação realizada pelo legislador infraconstitucional se dá especialmente em relação aos direitos com âmbito de proteção essencialmente normativo, os quais dependem, para o asseguramento de sua efetividade, de uma disciplina jurídica. Há, nesses casos, verdadeira autorização ao legislador para que defina o próprio conteúdo do direito regulado.

Como exemplo de conformação pode ser citado o direito de propriedade, o qual é um conceito essencialmente normativo que depende de uma conformação jurídica e não teria um sentido próprio sem normas legais que definissem o seu conteúdo. Já a vida, o próprio direito à saúde, a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e a possibilidade de reunião existem independentemente de qualquer disciplina jurídica, daí porque tecnicamente não se sujeitam a conformação, mas a restrições.

Insta registrar que essa nota distintiva acolhida por parte da doutrina não é agasalhada por Virgílio Afonso da Silva ¹⁶⁷ – o qual assume uma postura crítica sobre o tema, defendendo que, na realidade, sempre uma regulação (conformação) pode vir acompanhada de uma restrição.

As restrições aos direitos fundamentais representam a imposição de cargas coativas aos direitos fundamentais, de forma a reduzir o alcance *prima facie* desses direitos. ¹⁶⁸ Como bem pontua Robert Alexy, “[...] uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental”. ¹⁶⁹

Levando em conta o sentido material, pode-se afirmar que todas as restrições a direitos fundamentais se baseiam em princípios. Todavia, em sentido formal, a restrição aos princípios de direitos fundamentais pode se dar de duas formas distintas.

Uma dessas formas é a restrição pelas regras – a quais se constituem em leis editadas pelo Poder Legislativo. Nesses casos, é o próprio legislador quem leva a cabo o sopesamento entre os princípios de direitos fundamentais colidentes e dele extrai o resultado materializado na edição de uma lei (com estrutura de regra). ¹⁷⁰ Outra forma é a

¹⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* n. 4, out/dez 2006. p. 26.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 391.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281.

¹⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 141-2.

restrição por princípios, que é aquela restrição imposta pelo sopesamento realizado pelo próprio Poder Judiciário.

Nem todas as colisões de princípios de direitos fundamentais são sanadas mediante a ponderação realizada pelo legislador. Há casos em que a colisão não foi objeto de ponderação do legislador e, nessas hipóteses, cabe ao juiz sopesar qual princípio deverá prevalecer no caso concreto.¹⁷¹

Denota-se, então, que a restrição em sentido formal pode ser baseada em regras ou princípios. No primeiro caso, a restrição será levada a efeito pelo legislador, enquanto que, no segundo, se concretizará por meio de decisão judicial. Ainda que o conteúdo da sentença judicial possua a estrutura de regra, tal distinção se faz relevante porque é ela que orientará a opção pela aplicação da regra da proporcionalidade ou do simples sopesamento (o que será objeto de estudo mais adiante).

Basicamente, as restrições podem se dar por expressa disposição constitucional ou por uma norma editada com fundamento na Constituição (lei editada pelo Poder Legislativo ou sentença judicial proferida pelo Poder Judiciário). O que se quer deixar claro é que toda a restrição a princípios de direitos fundamentais possui – direta ou indiretamente – assento e fundamento constitucional.¹⁷² Fala-se, desse modo, em restrições diretamente constitucionais (restrições de hierarquia constitucional) e indiretamente constitucionais (restrições infraconstitucionais).¹⁷³

As restrições diretamente constitucionais são operacionalizadas por meio de cláusulas restritivas expressas – que consistem em parte de uma norma de direito fundamental completa que diz expressamente como aquilo que *prima facie* é garantido pelo suporte fático do princípio fundamental foi ou pode ser restringido.¹⁷⁴ Como exemplos dessa espécie de restrições podem ser lembradas as hipóteses relativas ao estado de sítio e de defesa, as quais estão previstas expressamente no art. 136, § 1.º, inc. I, “b” e art. 139, inc. III, ambos da Constituição Federal de 1988. Uma restrição diretamente constitucional possui uma natureza de regra e sua peculiaridade reside no fato de ser estabelecida pelo próprio constituinte.¹⁷⁵

¹⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 142-3.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 391-2.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 286.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 286.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 287.

De outra parte, as restrições indiretamente constitucionais podem ser divididas em restrições decorrentes de reservas legais e restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.

As reservas legais constituem-se em restrições impostas pelo legislador aos princípios de direitos fundamentais com suporte em autorização constitucional e se subdividem em reservas legais simples e reservas legais qualificadas.¹⁷⁶ Reservas legais simples são aquelas que, ao autorizar a intervenção do legislador no âmbito do direito fundamental, não indicam os pressupostos e/ou objetivos específicos a serem seguidos, o que resulta em maior amplitude de competência para o exercício da restrição. Já as reservas legais qualificadas estabelecem esses pressupostos e/ou objetivos a serem observados pelo legislador, o que importa em menor amplitude de competência para o exercício da restrição.¹⁷⁷ Segundo Robert Alexy, na hipótese de reservas legais simples, a competência para estabelecer restrições é simplesmente garantida, enquanto que, nos casos de reservas legais qualificadas, há uma limitação ao conteúdo da restrição.¹⁷⁸

Como exemplo de reserva legal simples, pode ser mencionado o art. 5.º, inc. LVIII, da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”¹⁷⁹. Por seu turno, é exemplo da reserva legal qualificada o art. 5.º, inc. XII, da Constituição da República, que estatui ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.¹⁸⁰

Note-se que, no primeiro exemplo, há maior liberdade para o legislador infraconstitucional prever quais as hipóteses em que haverá a identificação criminal do civilmente identificado, enquanto que, no segundo exemplo, a liberdade do legislador infraconstitucional para autorizar a violação do sigilo por ordem judicial se restringe às hipóteses de investigações para fins criminais ou instrução processual penal (excluída a possibilidade nos casos de investigação e/ou instrução processual civil).

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 392.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 292.

¹⁷⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁸⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Como restrições indiretamente constitucionais – e ao lado das reservas legais – situam-se as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição. Sua concepção reside na possibilidade de existência de colisões de direitos fundamentais não imaginadas pelo Constituinte, as quais devem ser solucionadas. É fácil perceber que o Constituinte não pode prever e regular todas as hipóteses de colisões de direitos fundamentais.

Veja-se, a título exemplificativo, a possibilidade de colisão concreta entre o princípio fundamental da liberdade de expressão, consagrado no art. 5.º, inc. IX, da Constituição Federal de 1988, e os direitos à intimidade, à honra e à imagem, previstos no art. 5.º, inc. X, da Carta Magna. Embora nenhum desses direitos fundamentais se sujeite à reservas legais, há infinitas possibilidades de colisão entre esses princípios em dadas situações concretas. Logo, mesmo os direitos fundamentais formalmente ilimitados ou desprovidos de reserva sujeitam-se à restrições nos casos em que presente uma colisão de princípios em dado caso concreto.¹⁸¹

1.4.4 Restrições (limitações) às restrições de direitos fundamentais

Tema de alta relevância e de intrincados problemas é a questão referente às restrições (limitações) das restrições de direitos fundamentais. Apesar da Constituição Federal brasileira não ter adotado expressamente um sistema de restrições (ou limites) às restrições de direitos fundamentais – como fizeram as Constituições da Alemanha e de Portugal –, essa noção acabou sendo recepcionada pela doutrina e jurisprudência pátrias.

A possibilidade de imposição de restrições indiretamente constitucionais – aí incluídas as reservas legais e as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição – traz à baila o seguinte problema: quais são as restrições (ou limites) a esse poder de restrição dos direitos fundamentais?

No que toca a esse respeito, faz-se necessária traçar inicialmente uma distinção entre o aspecto formal e o material. O primeiro se refere essencialmente à competência para impor restrições, ao seu procedimento e a sua forma. No que tange ao presente trabalho, interessa principalmente o outro aspecto, qual seja, o material. Neste incluem-se – além das próprias condições expressas nas reservas legais qualificadas –, a

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 393-4.

regra da proporcionalidade, o dever de sopesamento e a proteção ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais.¹⁸²

É usual a utilização da expressão princípio da proporcionalidade tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Ocorre que o emprego do termo princípio se mostra errôneo – ao menos quando analisada a questão à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy. Isso se dá porque a técnica da proporcionalidade não possui uma estrutura de princípio, na medida em que não comporta a produção de efeitos em várias medidas. Pelo contrário, possui estrutura de regra, já que a técnica é aplicada de forma constante e sem variações. Consiste, em síntese, em uma regra sobre a aplicação de outras regras.¹⁸³

O próprio jurista alemão reconhece expressamente em sua obra a natureza de regra da proporcionalidade, defendendo a tese de que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Como ele mesmo afirma, a questão pontual é saber se os aludidos sub-elementos são ou não satisfeitos (a aplicação deles é feita no todo).¹⁸⁴ Portanto, tendo em mira que o presente trabalho se orienta pela distinção entre princípios e regras dadas pela teoria de Robert Alexy, forçoso concluir que o emprego da expressão regra da proporcionalidade é a mais correta e traduz maior rigor científico.

Também convém desfazer a constante confusão entre os vocábulos razoabilidade e proporcionalidade. Embora se reconheça semelhança em seus objetivos, não há como se sustentar a identidade dos conceitos em uma análise científica. Isso porque razoabilidade e proporcionalidade possuem tanto distinções de origem quanto de estrutura e aplicação.¹⁸⁵

De origem porque o berço de nascimento do princípio da irrazoabilidade (e não da razoabilidade) é uma decisão judicial proferida na Inglaterra no ano de 1948 (caso *Wednesbury*); já o nascimento da regra da proporcionalidade remonta à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.¹⁸⁶ Por seu turno, a distinção de estrutura e de aplicação, que se afigura como de maior importância, se dá porque o teste da irrazoabilidade sustentado na decisão inglesa do caso *Wednesbury* é muito menos rigoroso que o exigido

¹⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 292.

¹⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010. p. 24-26.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.

¹⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010. p. 28-9.

¹⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010. p. 29-30.

pela aplicação da regra alemã da proporcionalidade. Enquanto que o teste da irrazoabilidade é aplicado em uma única etapa e se destina unicamente a afastar atos absurdamente irrazoáveis, o da proporcionalidade é composto de três etapas distintas e subsidiárias (é trifásico).¹⁸⁷ Dessa diferença de estrutura e forma de aplicação se subsume a possibilidade de um ato considerado desproporcional não ser considerado irrazoável.¹⁸⁸

No que tange ao fundamento da regra da proporcionalidade no território brasileiro, há muito dissenso. Há quem defenda que o seu fundamento encontra-se no devido processo legal substantivo (CRFB, art. 5.º, inc. LIV); outros visualizam fundamento no próprio Estado de Direito; e há, ainda, quem invoque as mais diversas normas constitucionais para dar sustentáculo à regra da proporcionalidade em terras brasileiras.¹⁸⁹

A despeito disso, a razão parece estar com Virgílio Afonso da Silva¹⁹⁰, para quem a busca por uma fundamentação jurídico-positiva para a regra da proporcionalidade neste ou naquele dispositivo constitucional é algo dado ao fracasso. Isso justamente porque a aplicação da regra da proporcionalidade decorreria da própria estrutura dos direitos fundamentais (e não deste ou daquele dispositivo constitucional). Deveras, como bem afirma Robert Alexy¹⁹¹, há uma estreita ligação entre os direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade, já que esta decorre logicamente da natureza principiológica dos direitos fundamentais. Isto é: a regra da proporcionalidade pode ser facilmente deduzida da natureza principiológica dos direitos fundamentais.

Se outrora se falava tão-somente na aplicação da regra da proporcionalidade como instrumento de controle da proibição de excesso ou *Übermassverbot*, hoje se encontra presente, ainda que em fase embrionária, a ideia de aplicação da regra da proporcionalidade com a finalidade justamente oposta, no que tange à proibição de insuficiência ou *Untermaßverbot*. No primeiro caso, a regra da proporcionalidade visa controlar eventuais excessos dos poderes estatais, enquanto que o escopo de sua aplicação no segundo caso é o de permitir o controle da omissão ou da ação estatal insuficiente.¹⁹²

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 400-1.

¹⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010. p. 30.

¹⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010. p. 42-3.

¹⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010. p. 43.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-7.

¹⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010. p. 27.

Trata-se, portanto, de admissão da tese de que a regra da proporcionalidade possui uma dupla face e de que desproporções, sejam para mais ou mesmo para menos, importam em violação à regra da proporcionalidade.¹⁹³

Como já se teve oportunidade de mencionar anteriormente em rápida passagem, a regra da proporcionalidade é composta por três sub-regras subsidiárias entre si: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito. Por subsidiariedade se quer dizer que nem sempre é necessária a análise de todas as sub-regras. Dito em outras palavras, significa que só se procederá a análise do sub-elemento da necessidade se o caso não tiver sido solucionado com a análise da adequação. De igual modo, só se examinará a proporcionalidade em sentido estrito na hipótese de não resolução do caso pela adequação e pela necessidade.¹⁹⁴

Gilmar Ferreira Mendes¹⁹⁵ defende que a sub-regra da adequação exige que a intervenção realizada seja apta a atingir os objetivos pretendidos. No entanto, há quem critique construtivamente esse posicionamento no que toca à necessidade de alcance do fim almejado. É o caso da doutrina de Virgílio Afonso da Silva¹⁹⁶, para quem tal definição da sub-regra da adequação resultou de uma tradução imprecisa de decisão do Tribunal Constitucional alemão. Isso porque o vocábulo alemão *fördern*, presente no julgado, tem o sentido de fomentar ou promover (e não alcançar). Para este, o sub-teste da adequação é não só o meio cuja utilização culmina com o alcance do objeto, mas também o meio cuja utilização fomenta o alcance do objeto. Logo, a indagação a ser realizada quando da análise da sub-regra da adequação é a seguinte: “A medida adotada é adequada para fomentar a realização do objeto perseguido?”¹⁹⁷

O teste da necessidade não diz respeito à eventual urgência ou a algo que deve ser necessariamente feito. Na realidade, a necessidade vista dentro do âmbito de conceituação da regra da proporcionalidade diz respeito à verificação da existência (ou não) de outros meios menos gravosos que possam realizar o objetivo pretendido com o

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 397.

¹⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010. p. 34.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

¹⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010. p. 36.

¹⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 170.

mesmo grau de eficácia.¹⁹⁸ Isto é: haverá necessidade do ato estatal limitativo caso “a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.¹⁹⁹ Depreende-se, pois, que o exame da necessidade é um exame comparativo, enquanto que o teste da adequação é um teste absoluto.²⁰⁰

Perpassado, com sucesso, o duplo exame da adequação e da necessidade, chega-se à etapa final da regra da proporcionalidade, consistente na sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. Cumpre anotar que parcela da doutrina não concebe a existência dessa última etapa e contenta-se com o exame das outras duas anteriores. Todavia, não se pode descuidar do teste da proporcionalidade em sentido estrito.

É possível que determinadas medidas estatais sejam adequadas e necessárias (mas desproporcionais). Embora adequadas e necessárias, não há como se conceber medidas estatais que “restringam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objeto perseguido seja capaz de justificar”.²⁰¹ Urge, então, o estabelecimento de uma barreira a esse tipo de exagero. Essa barreira é justamente a proporcionalidade em sentido estrito, a qual exerce verdadeiro papel de um “controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”.²⁰²

O exame da proporcionalidade em sentido estrito consiste em um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.²⁰³ Nessa etapa, “é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

¹⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 171.

²⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010. p. 38.

²⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 175.

²⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 51.

²⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010. p. 41.

fundamentais pessoais ou coletivos”.²⁰⁴ Em síntese, será desproporcional a medida estatal que não tiver peso suficiente para justificar a restrição do direito fundamental atingido.

Outra restrição (limitação) às restrições dos direitos fundamentais é o dever de sopesamento – o qual não se confunde com a regra da proporcionalidade. Efetivamente, muitas das vezes se passa ao largo dessa importante distinção. Como visto, há determinados casos em que colisões de princípios fundamentais são solucionadas por meio da edição de legislação infraconstitucional pelo Poder Legislativo (cuja natureza é de regra). Nesses casos, é cabível o controle de constitucionalidade dessa legislação infraconstitucional e, para tanto, se socorre da aplicação da regra da proporcionalidade e de suas sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Diversamente disso, há casos em que o legislador infraconstitucional não se ocupou da tarefa de edição de uma determinada regra com o escopo de solucionar o conflito entre os princípios fundamentais. Nestes últimos casos, não tem aplicação a regra da proporcionalidade, na medida em que a questão se resolve pelo exercício do dever de ponderação exercitado pelo próprio Poder Judiciário.²⁰⁵

Por fim, menciona-se também como restrição (limitação) às restrições o núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Trata-se de uma garantia instituída sobre parcela do conteúdo de um direito fundamental sem a qual ele perde sua eficácia, deixando de ser reconhecido como direito fundamental. Logo, é um limite ao poder de restrição do legislador e tem aplicabilidade mesmo nos casos de existência de autorização restritiva expressa.²⁰⁶

Em terras brasileiras – e ao contrário dos ordenamentos constitucionais de outros países –, inexistente na Carta Fundamental disciplina expressa do que venha a consistir esse núcleo essencial. No entanto, tal não impediu a recepção das teorias que tratam do tema, as quais podem ser subdivididas em dois modelos básicos: a teoria absoluta e a relativa.²⁰⁷

Os defensores da teoria absoluta entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais como uma unidade substancialmente autônoma. Essa unidade autônoma

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 400.

²⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178-9.

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 402.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 403.

estaria à salvo de qualquer possibilidade de restrição legislativa nas mais diversas situações concretas. Constituiria, por assim dizer, em uma barreira intransponível, independente de situações e interesses. Denota-se, então, que os adeptos dessa corrente advogam a tese de que os direitos fundamentais contêm um espaço interior livre de intervenção estatal. Daí se conclui que há um espaço interno sujeito a restrições e outro espaço não sujeito a limitações por parte do poder estatal.^{208 209}

Bem pondera a doutrina que a teoria absoluta comportaria duas vertentes: a do conteúdo essencial absoluto-dinâmico e a do conteúdo essencial absoluto-estático. No primeiro caso, se concebe a alteração do conteúdo essencial com o passar do tempo, enquanto que, no segundo caso, isso não ocorre. Nesta última hipótese, concebe-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais como absoluto tanto em sentido espacial quanto material-temporal, enquanto que na primeira hipótese ele é tratado unicamente como absoluto em sentido espacial.²¹⁰

Diversamente, para os adeptos da teoria relativa, o alcance do núcleo essencial há de ser definido em cada caso concreto, tendo em mira o objetivo perseguido pela norma restritiva.²¹¹ Essa teoria parte da ideia de que os contornos dos direitos fundamentais não são fixos e definíveis *a priori*. Nessa quadra, a delimitação do núcleo essencial do direito fundamental ficaria na dependência das condições fáticas existentes e das colisões verificáveis em dadas situações concretas. Disso se subsume a conclusão de que o conteúdo essencial do direito fundamental não é sempre o mesmo e se mostra variável em cada situação concreta.²¹²

Tal teoria relativa guarda íntima correlação com a regra da proporcionalidade, na medida em que compreende o conteúdo essencial do direito fundamental como verdadeiro produto da aplicação desta. Isso equivale a dizer que os atos estatais restritivos que passarem no teste da proporcionalidade não afetam o núcleo essencial dos direitos fundamentais restringidos. Nesse sentido é a doutrina de Gilmar

²⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 43.

²⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 187.

²¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 188-9.

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 43.

²¹² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 196.

Ferreira Mendes ²¹³, para quem “o núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação”.

Sobreleva notar que, para essa concepção, desinteressa a intensidade da restrição imposta ao direito fundamental, de modo que uma restrição forte pode não violar o núcleo essencial de um direito fundamental, ao passo em que este pode ser violado por uma restrição leve. Bem esclarece a esse propósito a doutrina de Virgílio Afonso da Silva ²¹⁴ que “restrições não-fundamentadas mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas. E restrições às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, isto é, não violadoras do conteúdo essencial”.

Nesse diapasão, não há de se considerar o conteúdo (ou núcleo) essencial como uma restrição à restrição dos direitos fundamentais distinta da regra da proporcionalidade. Portanto, a exigibilidade dessa dupla garantia, ao invés de fomentar uma maior proteção aos direitos fundamentais, se constitui em verdadeira redundância. ²¹⁵

Fica nítido que ambas as teorias buscam conferir maior proteção aos direitos fundamentais – embora o façam com base em concepções distintas. A opção por uma das teorias não é decorrência de um ato acrítico isolado e depende fundamentalmente da linha argumentativa adotada. Como o presente estudo se arvora em um suporte fático amplo dos direitos fundamentais e na teoria dos princípios de Robert Alexy, é de consequência lógica a adoção da teoria relativista.

Deveras, haveria verdadeira incompatibilidade em se defender aqui a adoção de uma teoria absoluta, a qual carrega ínsita a dificuldade de estabelecimento, de antemão e em caráter abstrato, daquilo que integraria e daquilo que não integraria o núcleo essencial de um direito fundamental, circunstância essa bem apontada por Ingo Wolfgang Sarlet ²¹⁶ ao afirmar que “resulta elementar que a exata determinação de qual o núcleo essencial de um direito dificilmente poderá ser estabelecida em abstrato e por antecipação”. Dessa mesma orientação é partidário Gilmar Ferreira Mendes ²¹⁷, para quem a teoria absoluta “pode converter-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44.

²¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 198.

²¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 200.

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 404.

²¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44.

dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar e caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo existencial”.

Oportuno mencionar, ao cabo, que essa concepção da teoria relativista do núcleo essencial dos direitos fundamentais também se aplica aos direitos sociais. O núcleo essencial de um direito social também é dependente de um processo de fundamentação apto a justificar eventuais não realizações desse direito. Na linha argumentativa desse trabalho ficou claro que um direito social também deve ser realizado na maior medida do possível, observadas as condições fáticas e jurídicas existentes, de modo que o conteúdo essencial de um direito social é aquilo realizável nessas condições.²¹⁸

Com o término do capítulo inaugural do presente trabalho acadêmico, em que se examinou a teoria geral dos direitos fundamentais e suas restrições, bem como, a teoria dos princípios, calha agora, no capítulo seguinte, volver os olhos para o direito fundamental social à saúde, examinando-se, também, os importantes fenômenos do ativismo judicial e da excessiva judicialização das correspondentes políticas públicas, notadamente as respeitantes aos medicamentos e à assistência farmacêutica.

²¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 204-5.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE, O ATIVISMO JUDICIAL E A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS CORRESPONDENTES POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

2.1.1 O conceito evolutivo de saúde

Uma pesquisa etimológica sobre o termo saúde conduz à raiz do latim *salus* – a qual era utilizada para designar o atributo dos inteiros, intactos, íntegros. Já na perspectiva grega, a expressão é proveniente do termo *holus* – cujo sentido é o de totalidade.²¹⁹

O homem sempre se preocupou com a sua saúde porque invariavelmente esteve acometido de males que ameaçaram sua sobrevivência. Essa preocupação atravessa as mais diversas épocas e tem início na era primitiva, quando o homem, assim como os animais, lambia as próprias feridas para buscar a cura. Sempre houve grande interesse humano em preservar a própria existência e evitar a doença e a morte, circunstância essa que foi a mola propulsora do fantástico desenvolvimento experimentado pelas ciências da saúde ao longo dos tempos.²²⁰

Durante a pré-história, o homem vivia em grupos e tinha estreita ligação com a natureza e os demais seres que habitavam o planeta. Nessa era, concebia-se a doença como um fenômeno sobrenatural para o qual o único tratamento e conhecimento disponível era a magia. Tal noção primitiva de combate da doença perdurou até o início da civilização humana, época em que haviam curandeiros, xamãs e feiticeiros imbuídos do processo de cura dos males que acometiam os seres humanos. A magia ainda era empregada quando do aparecimento de alguma cientificidade em matéria sanitária, por volta de 4.000 a.C.²²¹

O rompimento de tal modelo curativo só veio a se dar na Grécia antiga, sendo que um dos primeiros tratados em matéria de saúde foi escrito por Hipócrates e se denominava *Sobre ares, águas e lugares* (texto integrante do *Corpus Hippocraticum*). Hipócrates – cujo juramento ainda hoje é repetido pelos formandos das faculdades de

²¹⁹ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 223.

²²⁰ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23.

²²¹ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 28-9.

medicina quando da colação de grau –, foi certamente o nome de maior destaque da medicina grega.²²²

É da civilização grega da cidade-estado de Esparta um dos primeiros conceitos de saúde de que se tem notícia, fulcrado no brocardo *Mens Sana In Corpore Sano*. Para eles, o homem ideal era uma criatura equilibrada no corpo e na mente e de proporções harmoniosas.²²³ Os médicos gregos eram, na realidade, filósofos naturais para quem a saúde seria um estado de equilíbrio entre componentes opostos e a doença se verificaria justamente nas hipóteses de prevalência de um deles. Foi com base na busca desse equilíbrio que os gregos passaram a reconhecer a saúde como uma preocupação pública.²²⁴

A concepção de saúde de Hipócrates e da civilização grega é notável e atravessa os tempos. Como se terá oportunidade de verificar adiante, a conceituação grega de saúde vai influenciar, inclusive, a formulação do conceito dado mais tarde pela Organização Mundial de Saúde – OMS. A noção de doença como algo palpável e de causalidade natural é preservada até os dias de hoje e é empregada pela medicina contemporânea.²²⁵ Os textos de Hipócrates, em especial o já citado *Ares, Águas e Lugares*, incutiram forte influência nas teorias sanitárias dos séculos ulteriores.²²⁶

Diversamente dos gregos, os romanos não trouxeram grandes contribuições na área da clínica médica. Todavia, foram os responsáveis pelo desenvolvimento da engenharia, administração e organização dos serviços médicos, bem como, pelo desenvolvimento de sistemas sanitários. Eles também passaram a estruturar a assistência à saúde como um serviço público prestado pelo Estado.^{227 228}

O advento da Idade Média foi marco de retrocesso em tema de saúde. A Igreja e o feudalismo da denominada Idade das Trevas resgataram práticas pré-

²²² SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30.

²²³ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 29-30.

²²⁴ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 26.

²²⁵ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30.

²²⁶ AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 52.

²²⁷ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 31.

²²⁸ AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 51-2.

Antiguidade Greco-Romana, abandonando, de certo modo, o cientificismo que até então se desenvolvia em prol da ideia de que a doença era uma desgraça divina. Como métodos de cura das doenças, concebidas estas como obras do demônio ou de feitiçaria, eram utilizadas a oração, a penitência e a invocação de santos. Com a ineficiência prática de tais métodos, houve a criação de hospitais, os quais, na realidade, mais se aproximavam de asilos ou hospícios, que ao invés de buscar a cura das enfermidades, perseguiam o isolamento do indivíduo do convívio social.^{229 230}

A aglomeração de pessoas e a imundice reinante nas cidades medievais tiveram grande contribuição para o desenvolvimento de epidemias, como a peste de Justiniano e a Morte Negra.²³¹ Tais males indicavam a necessidade de adoção de medidas de proteção e coube à Igreja, por mais paradoxal que possa parecer, o resgate das ideias gregas e romanas. Nos mosteiros houve a retomada do cientificismo grego, com a dissecação de cadáveres e, por volta de 1240, deu-se o aparecimento das primeiras corporações médicas.²³²

Com o Renascentismo (1500 – 1750) houve paulatina libertação das amarras eclesiásticas e ascensão do conhecimento científico médico. E, com o Iluminismo (1750 – 1830), passou-se a conceber os males da saúde como fenômenos sociais de grande relevância, tanto para o indivíduo quanto para a sociedade, denotando a necessidade de intervenção do Estado para a sua proteção.²³³ O tema relativo à saúde passa a ser considerado como respeitante às políticas públicas e integra-se na responsabilidade estatal, passando a ser pensado como algo acessível a todos – pensamento esse que se inicia nos Estados Unidos da América e é seguido pela Revolução Francesa.²³⁴

Na sociedade industrial do século XIX agrega-se ao conceito de saúde um novo viés: há que se preservar a saúde do trabalhador para que sua doença não prejudique a

²²⁹ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 31-2.

²³⁰ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 37.

²³¹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 38.

²³² SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32.

²³³ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 53 e 58.

²³⁴ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32.

produção de riquezas e o sistema capitalista. Tratava-se, pois, de um pensamento liberal acerca do conceito de saúde – este que era eminentemente curativo.²³⁵

A concepção de uma saúde eminentemente curativa prevalece até o advento das duas grandes guerras do século XX. A partir desse marco, e com o advento do Estado Social de Direito, ela é repensada e ganha corpo o caráter preventivo da saúde, cuja base reside na prestação de serviços básicos de atividade sanitária.

Vê-se, pois, que o conceito de saúde é representado por duas teses distintas. Na tese curativa a medicina age após a instalação da doença. Já na preventiva, há uma antecipação do agir, de modo a se evitar a instalação da doença no corpo do indivíduo. Ocorre que tanto a tese curativa quanto a preventiva se baseiam em uma mesma visão: a de que saúde é sinônimo de ausência de doenças.²³⁶

Somente com o pós-guerra e com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU em 1945 é que o cenário começa a mudar. Do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS, de 26 de julho de 1946, consta que “a saúde é o completo bem estar físico, mental, social e não apenas a ausência de doenças”. Vale dizer: há uma superação da antiga visão de que saúde era sinônimo de ausência de doença, passando ela a ser conceituada como algo mais amplo, abrangendo não só os aspectos curativos e preventivos, mas também os de promoção da saúde. Saúde, nessa concepção, não é mais apenas a ausência de doença, mas também um completo bem-estar físico, mental e social.²³⁷

Como se percebe, o conceito de saúde dado pela Organização Mundial de Saúde – OMS representa um resgate da ideia clássica grega de equilíbrio no corpo e na mente: “O equilíbrio se encarna na plenitude física e psíquica, no sentimento de auto-satisfação e de harmonia com os outros [...] o ‘equilíbrio’ apresentou-se como uma concepção positiva da saúde, tendo sido adotada tal concepção pela [...] OMS”.²³⁸

²³⁵ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33-4.

²³⁶ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 35.

²³⁷ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 35.

²³⁸ AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 46.

O problema, no entanto, é que esse conceito não se mostra funcional²³⁹ ou operacional, porque dotado de alta carga de subjetivismo. O que é bem-estar? Essa é uma pergunta difícil de responder e cujas respostas podem variar subjetivamente de um para outro indivíduo.²⁴⁰ Como bem pontua a doutrina, “o conceito visa a uma perfeição inatingível, de vez que quantificar a perfeição é algo impossível. Uma utopia. [...] É um conceito irreal, que não se adapta à realidade fática”.²⁴¹

O conceito largo de saúde dado pela Organização Mundial de Saúde – OMS é ineficiente do ponto de vista prático, porquanto a interpretação literal desse conceito conduz à conclusão de que todos aqueles que não alcançarem o estado de completo bem-estar físico, mental e social estariam doentes. Nessa ótica, a quase integralidade da população estaria doente, já que haveria cerca de seis bilhões de doentes na Terra com o sonho de se tornar saudável.²⁴²

Denota-se, pois, diante da ineficiência prática da conceituação de saúde dada pela Organização Mundial de Saúde – OMS, que há necessidade de uma definição funcional e operacional de saúde – ao menos para os fins jurídicos propostos neste trabalho acadêmico. Esta definição jurídica de saúde só pode ser objetiva e nos é dada por Victor Currea-Lugo:

Definimos o bem jurídico saúde como: < uma equilibrada e adequada condição dinâmica da natureza biológica da pessoa, objetivamente comprovável, moralmente aceitável (enquanto socialmente consensuada), que se poderia manter em certas condições, vulneráveis a certos fatores, e potencialmente garantível e/ou recuperável mediante o uso de uma determinada técnica, e, enquanto tal, exigível juridicamente>.²⁴³

Percebe-se, então, que a busca por um conceito de saúde não é apenas um debate meramente acadêmico, mas verdadeira necessidade jurídica. É somente a partir de

²³⁹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 107.

²⁴⁰ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36

²⁴¹ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36.

²⁴² BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 230.

²⁴³ CURREA-LUGO, Víctor. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos – La salud como derecho humano*. n. 32. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005. p. 29, tradução nossa. (Definimos el bien jurídico salud como: <una equilibrada y adecuada condición dinámica de la naturaleza biológica de la persona, objetivamente comprobable, moralmente aceptable (em cuanto socialmente consensuada), que se podría mantener bajo ciertas condiciones, vulnerable a ciertos factores, y potencialmente garantizable y/o recuperable mediante el uso de una determinada técnica, y, em cuanto tal, exigible juridicamente.)

uma natureza objetiva do bem jurídico que se permitirá criar um consenso social necessário para definir aquilo que poderia ser exigível do Estado. Saúde não representa sentir-se bem, mas estar, objetivamente, bem. Sentir-se doente não é o mesmo que estar doente. E sentir-se bem não é o mesmo que estar bem.²⁴⁴

2.1.2 Desenvolvimento histórico-normativo do direito à saúde

No Brasil colônia, até o advento da independência e da Constituição do Império de 1824, haviam apenas algumas medidas para assegurar a saúde pública. Mesmo na Constituição do Império de 1824, que teve algumas inovações no campo social, não obstante sua nota essencial liberalista, não havia nenhum texto normativo específico sobre o direito à saúde, havendo apenas a menção da garantia de prestação dos socorros públicos no seu art. 179, inc. XXI.²⁴⁵ O mesmo trilho percorreu a Constituição da República de 1891, a qual também se omitiu no tratamento do direito à saúde.²⁴⁶

Com a Revolução de 1930 e a Revolução Constitucionalista de 1932, adveio a Constituição de 1934, a qual possuía forte inspiração da Constituição de Weimar de 1917 e representava o advento do pretense Estado Social de Direito brasileiro. Referida carta constitucional trouxe vários títulos inexistentes nas Constituições anteriores, os quais tratavam da ordem econômica e social, da família, da educação e cultura e da segurança nacional. Nela já é possível encontrar alguma preocupação do que toca à saúde, a qual, no entanto, restringe-se à previsão contida no art. 10, inc. II, de competência material concorrente da União e dos Estados para cuidar da saúde e assistência públicas. Na realidade, nessa época da história brasileira, a preocupação da assistência voltava-se precipuamente à proteção da saúde do trabalhador.^{247 248}

A Constituição de 1937 limitava-se a dispor que era competência privativa da União legislar sobre normas fundamentais de defesa e proteção da saúde (art. 16, inc.

²⁴⁴ CURREA-LUGO, Víctor. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos – La salud como derecho humano*. n. 32. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005. p. 29, tradução nossa. (No se Le podría decir a um condenado a cadena perpetua que basta com sentirse libre para serlo.)

²⁴⁵ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 138-9.

²⁴⁶ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 44.

²⁴⁷ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 167-71.

²⁴⁸ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 44.

XXVII) e na Constituição de 1946 não houve avanços no tema relativo ao direito à saúde, de modo que a preocupação do Estado era voltada com a saúde do trabalhador.²⁴⁹

É somente com a vigência da Constituição da República Italiana, em 1.º de janeiro de 1948, que há uma virada na concepção do direito à saúde, quando este passa a ser concebido não só como um fator de produtividade e um direito do trabalhador, mas como um direito do próprio cidadão. Em seu art. 32 há o exposto reconhecimento de que a saúde é direito fundamental do indivíduo e representa interesse da coletividade.²⁵⁰

Também no ano de 1948 é aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual, em seu art. 25.1, vem a dispor que: “Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e à sua família, saúde e bem estar [...]”.²⁵¹ Ulteriormente à Constituição da República Italiana e à Declaração Universal dos Direitos do Homem, a proteção do direito à saúde como direito fundamental passa a ser reconhecida nas demais ordens constitucionais, sendo exemplos disso as Constituições de Portugal, Espanha e Guatemala.²⁵²

Em 16 de dezembro de 1966, os Estados integrantes da Organização das Nações Unidas se reúnem em Nova Iorque para a elaboração do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – o qual teve por escopo desenvolver em detalhes o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem. No art. 12.1 do pacto há expressa previsão de que os Estados signatários reconhecem o direito de toda a pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, ao passo em que o art. 12.2 enuncia as medidas a serem adotadas pelos países membros com o intuito de dar concretude a essa disposição, havendo que se destacar o contido na alínea “d”, a qual prevê “a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade”.^{253 254}

Inobstante o sensível avanço do direito à saúde no plano internacional e apesar do Brasil ser signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, não houve grande evolução quando da entrada em vigor da Constituição de 1967, sob a égide do

²⁴⁹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 184 e 204.

²⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 312.

²⁵¹ LEÓN ALONSO, Marta. *La protección constitucional de la salud*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2010, p. 39.

²⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 312.

²⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 279.

²⁵⁴ LEÓN ALONSO, Marta. *La protección constitucional de la salud*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2010, p. 39.

período militar. Deveras, o art. 8.º, inc. XVII, da Carta Fundamental, restringiu-se a prever a competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde.

255

No plano internacional, a Organização Mundial de Saúde – OMS, a partir de 1970, dá ensejo à realização de várias conferências internacionais com foco na promoção de saúde, das quais resultou uma série de cartas ou declarações. Dentre elas, destacam-se: Declaração de Alma-Ata ou Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde (1978); Carta de Ottawa ou 1.ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde (1986); Declaração de Adelaide (1988); Declaração de Sundsvall (1991); Declaração de Bogotá (1992); Declaração de Jacarta (1997); a Rede de Megapaíses (1998); Declaração do México (2000); Carta de Bangkok (2005); e Carta da Nicarágua (2006).²⁵⁶

Já nas Terras de Vera Cruz (Brasil) a positivação do direito fundamental à saúde no plano constitucional só se deu tardiamente – passados quatro décadas da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). É somente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, que se reconhece o direito à saúde como direito fundamental social de todos (e não só dos trabalhadores). Esse atraso constitucional é bem enfatizado por José Afonso da Silva, para quem “É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado a condição de direito fundamental do homem”.²⁵⁷

Doravante, passará a ser objeto de estudo o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao direito fundamental à saúde, aí incluído o Sistema Único de Saúde – SUS.

2.1.3 O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Único de Saúde - SUS

Um dos marcos da reforma sanitária brasileira e que teve forte influência na proteção do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988 foi a VIII

²⁵⁵ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46.

²⁵⁶ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 227-8.

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 311.

Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986.²⁵⁸ A convocação dessa Conferência se deu concomitantemente com a da Assembleia Nacional Constituinte, sendo que o seu relatório final serviu de verdadeira base para a elaboração do tratamento constitucional do direito à saúde na Carta Fundamental de 1988.²⁵⁹ Outra forte influência do texto normativo constitucional brasileiro, no que diz respeito ao direito à saúde, foi a redação original da Constituição Portuguesa de 1976, a qual previa a adoção de um sistema nacional de saúde universal, geral e gratuito.²⁶⁰

O relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde continha as seguintes diretrizes definidoras da política nacional de saúde a ser seguida pelo Constituinte brasileiro: a) adoção de um conceito de saúde relacionado com os seus demais determinantes e condicionantes: trabalho, salário, alimentação, habitação, transporte, meio ambiente etc.; b) acesso universal e igualitário à saúde; c) responsabilidade estatal na promoção, proteção e recuperação da saúde; d) natureza pública das ações e serviços de saúde; e) constituição de um Sistema Único de Saúde, organizado em uma rede regionalizada e hierarquizada e descentralizado para os Estados e Municípios; f) subordinação do setor privado às normas do Sistema Único de Saúde e contratado segundo as normas de direito público; e g) desvinculação em relação ao sistema de Previdência Social, com a adoção de financiamento autônomo e estabelecimento de pisos de investimento.²⁶¹

O tratamento constitucional brasileiro do direito à saúde sedimenta-se em dois pilares. O primeiro deles reside na consagração do direito à saúde como um direito fundamental social e se materializa com a norma contida no art. 6.º da Constituição da República, o qual prevê “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”.²⁶²

Depreende-se que o direito à saúde foi expressamente reconhecido pelo Poder Constituinte Originário, constituindo-se em legítimo direito social. É direito

²⁵⁸ LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. 1. ed. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 117.

²⁵⁹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 261.

²⁶⁰ NASCIMENTO, Rogério Bento do. A efetivação do direito fundamental de acesso à saúde. *JurisPoiesis*, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, n. 11, p. 305, jan./dez. 2008.

²⁶¹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 265-6.

²⁶² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

fundamental do homem: eis que ligado ao próprio conceito de vida digna. Possui fundamentação ética, resultante de uma moral básica e universal de que todo ser humano deve ter a saúde assegurada pelo Estado. O direito social à saúde, em seu conceito largo, a par de ter estreita ligação com o direito à vida, também está umbilicalmente conectado à proteção da integridade física do ser humano, tanto no viés corporal quanto psicológico.²⁶³

Oportuno trazer à baila – no que tange à fundamentalidade do direito à saúde e de sua íntima correlação com o direito à vida e à integridade física –, a valorosa contribuição de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que, mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e a integridade física.²⁶⁴

O direito à saúde é corolário da fraternidade e da solidariedade que permeiam as relações num Estado Democrático de Direito e resulta do dever de socorro existente entre as pessoas, o qual, diga-se de passagem, é inclusive estimulado pelo Estado ao tutelar penalmente o crime de omissão de socorro. Se o próprio poder público estimula os particulares a não se omitirem na prestação de um socorro a outrem, com muito mais razão é de se exigir a prestação de socorro e a proteção à saúde pelo Estado.²⁶⁵

O outro pilar em que se estrutura o tratamento constitucional do direito à saúde consiste na disciplina jurídica constante dos arts. 196 a 200 da Constituição da República de 1988 – que estabelece regras gerais e diretrizes norteadores da política pública de saúde. Porém, antes de mergulhar na análise de tais dispositivos constitucionais específicos, sobreleva notar que a saúde, no ordenamento constitucional instituído pela Constituição Federal de 1988, integra a chamada Seguridade Social, que vem regulada nos arts. 194 e 195 da Carta Fundamental brasileira e também alberga a previdência social e a assistência social.

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 326.

²⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações sobre o conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 10, janeiro/2002.

²⁶⁵ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 55.

O art. 196 do texto constitucional brasileiro preceitua que “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”.²⁶⁶ Nota-se que o próprio constituinte definiu a forma pela qual se dará a garantia do direito à saúde: por políticas sociais e econômicas. Tais políticas devem ser baseadas em dois conceitos muito importantes, quais sejam: o da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Pela universalidade de atendimento proclamada pelo texto constitucional entende-se que todas as pessoas possuem acesso às ações e serviços de saúde. Na realidade, essa universalização de acesso substituiu o conceito de medicina social que era ofertada pela Previdência Social única e exclusivamente aos trabalhadores, como já se teve oportunidade de mencionar.²⁶⁷ Ou seja, sob a égide do novel texto constitucional é assegurado acesso às ações e serviços de saúde a todos, e não apenas a determinadas classes de pessoas. Não pode haver, pois, exclusão de indivíduos ou de grupos.²⁶⁸ Já a igualdade, que, aliás, é direito fundamental assegurado pelo *caput* do art. 5.º da Carta Fundamental brasileira, significa dizer que devem ser assistidos pelas ações e serviços de saúde todos os indivíduos que estiverem em condições equivalentes.²⁶⁹

Note-se que a Constituição Federal faz menção a três conceitos distintos: promoção; proteção e recuperação de saúde. Ao estabelecer a promoção da saúde, o Constituinte traça um vínculo entre a saúde e a qualidade de vida, de modo a visualizar a promoção de saúde “não apenas como a cura e a prevenção de doenças, mas também o fato de ser um processo que se constrói e que se modifica, sofrendo influência de todos os demais sistemas sociais”.²⁷⁰ Dentro do conceito de promoção de saúde insere-se todo o conjunto de ações cuja finalidade precípua é a de propiciar uma vida saudável e com qualidade de vida, sendo exemplo disso a adoção de medidas que busquem a melhoria e

²⁶⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁶⁷ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 278-9.

²⁶⁸ NASCIMENTO, Rogério Bento do. A efetivação do direito fundamental de acesso à saúde. *JurisPoiesis*, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, n. 11, p. 303, jan./dez. 2008.

²⁶⁹ NASCIMENTO, Rogério Bento do. A efetivação do direito fundamental de acesso à saúde. *JurisPoiesis*, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, n. 11, p. 303, jan./dez. 2008.

²⁷⁰ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98.

oferta: de saneamento básico, moradia adequada, escolas, áreas de lazer, alimentação adequada, educação em todos os níveis etc.^{271 272}

De outro lado, a proteção de saúde traduz-se na ideia da existência de uma atuação sanitária em um momento anterior ao da instalação da doença, como é o caso das imunizações, saúde ocupacional, higiene pessoal, higiene do lar, proteção contra acidentes e aconselhamento genético.^{273 274} Finalmente, a recuperação de saúde se refere ao processo curativo de restabelecimento da saúde do paciente acometido de uma doença. Difere da proteção de saúde justamente porque na recuperação de saúde a atuação sanitária é posterior à instalação da doença enquanto que naquela é anterior.²⁷⁵

Segundo o art. 197 da Constituição Federal brasileira, as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, cabendo ao Poder Público o poder-dever de dispor, por meio de lei, acerca de sua regulamentação, fiscalização e controle. Nesse tocante, sobreleva assinalar que a competência legislativa em matéria de saúde é, em regra, concorrente, nos moldes preconizados pelo art. 24, inc. XII, da Constituição da República. Nesse sistema de competência legislativa concorrente, incumbe à União legislar sobre as normas gerais, nos exatos termos do § 1.º do art. 24 da Constituição Federal, enquanto que aos Estados-membros fica garantida a possibilidade de suplementar a legislação da União, adaptando-a e especificando-a, em consonância com o § 2.º do art. 24 da Carta Magna. Cabe, por fim, aos Municípios, nos termos dos inc. I e II do art. 30 da Constituição Federal, legislar sobre a saúde no interesse local, além de poder suplementar a legislação federal e estadual sempre que esse interesse local o exigir.

Extraí-se, ainda, da redação do art. 197 da Constituição da República, que a execução das ações e serviços de saúde poderá se dar diretamente, por intermédio de terceiros, bem como, por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Segundo a norma constitucional, cumpre ao Estado, aí compreendida a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, a execução das ações e serviços de saúde de modo direto.

²⁷¹ NASCIMENTO, Rogério Bento do. A efetivação do direito fundamental de acesso à saúde. *JurisPoiesis*, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, n. 11, p. 301, jan./dez. 2008.

²⁷² BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 225.

²⁷³ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 99.

²⁷⁴ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 225.

²⁷⁵ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 99.

Estabelece-se, portanto, verdadeira competência material comum entre todos os entes da federação, interpretação essa confirmada pela redação literal do art. 23, inc. II, da Constituição Federal. Veja-se que embora haja previsão constitucional de execução direta das ações e serviços de saúde diretamente pelo Estado, estes também poderão ser prestados de forma indireta, por terceiros, pessoas físicas e/ou jurídicas – questão essa que é objeto de regulamentação infraconstitucional.

O art. 198 da Constituição Federal de 1988 dá sustentáculo constitucional à criação do Sistema Único de Saúde – SUS, o qual se baseia em uma rede de ações e serviços de saúde regionalizada e hierarquizada. A regionalização do Sistema Único de Saúde – SUS representa uma forma mais avançada de descentralização estatal que não fica resumida à mera descentralização política. Ela concebe a existência de uma verdadeira cooperação organizada entre os entes federativos integrantes da República Federativa do Brasil, na busca da tão almejada eficiência em matéria de ações e serviços de saúde.²⁷⁶ Com a regionalização, propicia-se a redução da complexidade do trato da questão relativa à saúde, já que esta passa a ser tratada segundo as peculiaridades de cada região.²⁷⁷

Por meio da regionalização, dá-se um aperfeiçoamento da descentralização política a fim de que cada ente possa exercer sua autonomia de forma integrada e coordenada com os demais entes políticos do Estado. Para tanto, essa regionalização pode, inclusive, abarcar elementos de descentralização administrativa, como é o caso da possibilidade aberta aos Municípios pelos arts. 10 e 18, inc. VII, da Lei n. 8.080/90, e art. 3.º, § 3.º, da Lei n. 8.142/90, para que constituam consórcios entre si, os chamados consórcios intermunicipais, com o desiderato de desenvolverem conjuntamente as ações e serviços de saúde que lhe são atribuídos.²⁷⁸ Os consórcios intermunicipais resultam na formação de um distrito sanitário e são uma forma de parceria entre Municípios que, isoladamente, estariam destituídos do complexo necessário para o bom atendimento da saúde de sua população.²⁷⁹

Frise-se que a descentralização é uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde – como bem preceitua o inc. I do art. 198 da Constituição Federal.

²⁷⁶ AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 354-5.

²⁷⁷ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 103.

²⁷⁸ AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 354-5.

²⁷⁹ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 106-7.

De outro vértice, a hierarquização de que trata o dispositivo constitucional em comento é um termo técnico-sanitário que significa divisão em complexidade crescente. Isso significa que o acesso do paciente ao Serviço Único de Saúde – SUS se dá inicialmente por meio de serviço de menor complexidade. Depois disso, em caso de necessidade, o paciente poderá ser encaminhado para centros de saúde capacitados para tratamentos mais complexos. Logo, excetuadas as situações de emergência, o acesso do paciente aos tratamentos mais sofisticados do Sistema Único de Saúde – SUS depende do seu ingresso nos níveis de menor complexidade e da avaliação do seu caso concreto pelos respectivos responsáveis.²⁸⁰

Cumprasse asseverar que, ao lado da já mencionada descentralização, postam-se duas outras diretrizes de suma importância: o atendimento integral – com prioridade para as atividades preventivas (CRFB, art. 198, inc. II); e a participação da comunidade (CRFB, art. 198, inc. III).

Como se pode perceber, a ênfase do Sistema Único de Saúde – SUS reside nas ações e serviços que visem promover a prevenção (proteção) da saúde do indivíduo. Mas a abrangência do sistema não se resume a isso, já que o Estado deverá garantir ao cidadão acometido de doença atendimento integral, significando dizer que deve o sistema dispensar ao doente todos os cuidados necessários para o tratamento do mal que lhe acomete, desde as ações de promoção e proteção de saúde até as relativas à recuperação de saúde, abarcando desde o inicial atendimento ambulatorial até procedimentos cirúrgicos e tratamentos mais complexos, como, por exemplo, é o caso dos transplantes.²⁸¹

Convém afastar a errônea ilação de que integralidade de atendimento é sinônimo de direito subjetivo da parte a todo e qualquer tratamento e/ou medicamento, sobretudo aqueles experimentais e de alto custo financeiro para o Sistema Único de Saúde – SUS. Na verdade, diz-se que o atendimento do sistema é integral “porque [ele] envolve as ações coletivas, de saúde pública, e as individuais, de assistência médica e hospitalar, curativa e preventiva”.²⁸² Ou, ainda, porque se entende que “todas as ações e serviços de

²⁸⁰ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 108.

²⁸¹ AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 357.

²⁸² RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 280.

saúde (promoção, proteção ou recuperação) são uma realidade una, e, portanto, inseparável, constituindo-se em um todo que atua de modo harmonioso e contínuo”.²⁸³

Isto é: o atendimento é integral porque não se limita unicamente ao caráter de promoção, proteção ou recuperação de saúde, mas, pelo contrário, justamente porque abrange todos eles concomitantemente. É sob esse aspecto que a integralidade deve ser encarada no sistema constitucional de saúde brasileiro.

Já a terceira diretriz diz respeito à participação da comunidade na formulação, gestão e execução das ações e serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Traduz-se na intenção do Constituinte de trazer a sociedade diretamente interessada e beneficiada com as ações e serviços de saúde para o centro do debate. Com isso, promove-se verdadeira democratização do sistema, já que a população diretamente interessada é chamada para contribuir com o aperfeiçoamento da política nacional de saúde. Em franco atendimento à orientação constitucional foram criados, pelo legislador infraconstitucional, dois importantes mecanismos de participação da comunidade. São eles: a Conferência e os Conselhos de Saúde – os quais são regulados pela Lei n. 8.080/90 e pelo art. 1.º da Lei n. 8.142/90.

Os parágrafos do art. 198 da Constituição Federal tratam, essencialmente, do financiamento do Sistema Único de Saúde – SUS, a ser feito com recursos dos entes federativos e da seguridade social, bem como, dispõem sobre os percentuais mínimos de investimento nas ações e serviços de saúde e regulam o preenchimento e planos de carreiras dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias.

Do *caput* e do § 1.º do art. 199 da Constituição da República, e a *contrario sensu*, se subsume a regra de que o Sistema Único de Saúde – SUS é formado, primordialmente, por instituições públicas. Como bem consta da norma constitucional, embora haja liberdade para que a iniciativa privada (preferencialmente as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos) atue no sistema, segundo suas diretrizes, essa participação será (ou deveria ser) apenas complementar. Por regra constitucional, e também pela norma infraconstitucional constante do art. 24 da Lei n. 8.080/90, a participação do setor privado no Sistema Único de Saúde – SUS somente deveria se fazer

²⁸³ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 108.

presente nos casos em que o sistema público não dispusesse dos meios físicos, humanos e financeiros para bem atender a população.²⁸⁴

Nos §§ 2.º e 3.º do supracitado dispositivo constitucional é prevista a vedação de destinação de recursos públicos a título de auxílio ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos e a impossibilidade da participação direta e indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil, salvo nos casos expressamente previstos em Lei. De outra parte, o § 4.º contém proibição constitucional acerca da comercialização de sangue, tecidos, órgãos e outras substâncias humanas, relegando ao legislador infraconstitucional a tarefa de dispor sobre a questão. Tem-se, ao cabo, as disposições constitucionais do art. 200, o qual trata, em essência, das atribuições do Sistema Único de Saúde – SUS, as quais não excluem outras dadas pela legislação infraconstitucional, notadamente pelas Leis n. 8.080/90 e 8.142/90.

Convém ressaltar que a disciplina do direito à saúde no Brasil não se resume ao tratamento constitucional dado a esse direito social e fundamental do homem. Com efeito, há que se recordar a existência de outras normas infraconstitucionais específicas e não específicas que regem a matéria, a saber: a) específicas: Leis Federais n. 8.080/90 e 8.142/90 (as duas Leis são as de maior importância e compõem a chamada Lei Orgânica da Saúde – LOS, sendo que versam, precipuamente, acerca da definição do direito à saúde e da estruturação do Sistema Único de Saúde – SUS); Lei Federal n. 5.991/73 (trata essencialmente do comércio de fármacos e seus conceitos jurídicos); Lei Federal n. 6.360/76 (dispõe sobre a vigilância sanitária); Lei Federal n. 6.437/77 (define um rol de infrações sanitárias passíveis de punição); Lei Federal n. 9.656/98 (regula os planos e seguros privados de assistência à saúde); Leis Federais n. 9.782/99 e 9.961/00 (criação e regulamentação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa); e Lei Federal n. 6.259/75 (trata da organização das ações de vigilância epidemiológica e dispõe sobre o Programa Nacional de Imunizações – além de traçar normas relativas à notificação compulsória de doenças); e b) não específicas: Código Penal, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.

Deve também ser recordada a existência de normas de direito internacional aplicáveis em território brasileiro por força da celebração de tratados e/ou acordos internacionais (CRFB, arts. 5.º, § 2.º e 3.º; 49, inc. I; e 84, inc. VIII). Dentre estes, podem

²⁸⁴ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 113-4.

ser citadas: a) específicas: Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS; e a Organização Pan-Americana de Saúde; e b) não específicas: Carta das Nações Unidas (1946); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); Pactos dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais, culturais e econômicos (1966); Organização dos Estados Americanos – OEA (1948); e a Convenção Americana de Direitos Humanos – Conferência de São José da Costa Rica (1969).

2.1.4 Dimensões e aplicabilidade imediata do direito fundamental à saúde em terras brasileiras

Como já se teve oportunidade de discorrer quando da análise da aplicabilidade imediata dos direitos sociais em terras brasileiras, o entendimento do presente estudo alinha-se à posição intermediária defendida por Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de não subestimar nem superestimar a disposição constitucional constante do art. 5.º, § 1.º, da Constituição da República de 1988.²⁸⁵ Isso porque, como já explicitado detalhadamente no capítulo anterior, há que se reconhecer que as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais não são dotadas da mesma carga eficaz, em virtude da existência de distintas técnicas de positivação²⁸⁶ e da função do direito fundamental em jogo (direitos de defesa e direito à prestações).²⁸⁷

Por essa corrente intermediária concebe-se a norma constitucional inserta no art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, como um verdadeiro mandado de otimização ou de maximização de que trata Robert Alexy – de modo a estabelecer aos poderes constituídos a missão de reconhecer, em relação aos direitos fundamentais, a maior eficácia possível. Tem-se, então, como regra, a presunção de aplicabilidade imediata do direito fundamental. Esta presunção, por seu turno, somente poderá ser afastada em caráter excepcional, com a devida justificação e fundamentação, baseada na insuficiente normatividade da norma constitucional definidora do direito fundamental que lhe impeça de gerar a plenitude de seus efeitos sem a necessária concretização legislativa.

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 268.

²⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 260.

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 260.

Com base nesse entendimento, e uma vez findo o exame do direito à saúde no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro, cabe propor a seguinte indagação: o direito fundamental à saúde é norma constitucional de aplicabilidade imediata?

A resposta só pode ser positiva.

Poderia haver alguma dúvida caso o direito à saúde tivesse sido tratado pelo Constituinte tão-somente no art. 6.º da Carta Fundamental. Isso porque, ao se considerar tal hipótese, poder-se-ia dizer que a presunção de aplicabilidade imediata do direito fundamental à saúde assegurado unicamente pela referida norma constitucional poderia ser afastada justificadamente com base no fundamento da sua insuficiente normatividade, de forma a se entender que o direito fundamental à saúde não poderia gerar a plenitude de seus efeitos sem a necessária concretização legislativa restritiva do direito fundamental.

Urge enfatizar que o simples fato do art. 6.º não prever expressamente a possibilidade de restrição infraconstitucional do direito fundamental, não seria óbice à edição de legislação infraconstitucional restritiva, porquanto, como já anotado em Capítulo anterior, é possível a existência de restrições indiretamente constitucionais não expressamente autorizadas pela Constituição.

Ocorre que a Constituição não se limitou a prever o direito à saúde como direito social fundamental em seu art. 6.º. O Constituinte foi mais além e, como já detalhadamente analisado, efetivamente estruturou e detalhou o tratamento do direito à saúde nos arts. 196 a 200 – os quais estabelecem as regras gerais e diretrizes norteadoras da política pública de saúde, inclusive prevendo a criação do Sistema Único de Saúde – SUS. Como bem pondera Ingo Wolfgang Sarlet, embora o direito à saúde tenha sido consagrado no art. 6.º da nossa Constituição como um direito fundamental social, foi nos arts. 196 e seguintes que este direito “[...] encontrou sua maior concretização ao nível normativo constitucional [...]”.²⁸⁸

O exame concatenado do art. 6.º com as disposições constitucionais inseridas nos arts. 196 a 200 conduz, inexoravelmente, à conclusão de que o direito à saúde é de aplicabilidade imediata na ótica constitucional brasileira e constitui direito subjetivo à prestações materiais (ainda que limitadas), já que tais normas constitucionais são dotadas

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 323.

de densidade normativa suficiente para a produção de todos os seus efeitos, independentemente de qualquer concretização legislativa.

Veja-se, a propósito, que os arts. 198 e 200 da Constituição Federal desde logo criam e fixam, independentemente de qualquer intermediação legislativa, as atribuições do Sistema Único de Saúde – SUS.

Compartilha do entendimento ora explicitado Ingo Wolfgang Sarlet:

O que se pretende realçar, por ora, é que principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário à prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.²⁸⁹

No mesmo sentido emerge a doutrina de Germano Schwartz:

Uma das questões a ser respondida é saber se é possível, com base no disposto no art. 196 da CF/88, afirmar a existência de um direito público subjetivo oponível contra o Estado, obrigando-o a determinada prestação, independentemente de previsão em legislação ordinária, e, portanto, passível de reclamação pelo titular do direito via judicial e/ou administrativa. [...] A resposta é (e tem de ser) positiva.²⁹⁰

Para José Afonso da Silva, a norma contida no art. 196 da Constituição Federal institui um dever correlato de um sujeito determinado, qual seja, o Estado. Em virtude disso, este Estado tem o dever de satisfazer o direito à saúde, de modo que a questão respeitante ao não atendimento desse direito não traduz contornos de programaticidade, mas de efetivo desrespeito ao direito e de descumprimento da norma. Menciona, ainda, com supedâneo em lição de José Joaquim Gomes Canotilho, que o simples fato de não serem providas condições materiais e institucionais necessárias ao gozo do direito à saúde não lhe retira a sua condição de direito subjetivo.²⁹¹

No mesmo trilho é a doutrina de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, para quem “uma norma constitucional, quando determina um fim a atingir, uma tarefa a

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 325.

²⁹⁰ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 56.

²⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 150-2.

cumprir, nem sempre é totalmente programática”.²⁹² Diz ela que no caso do direito à saúde não se trata de programaticidade, sendo que “está caracterizado um dever do Estado que, se não satisfeito, importará descumprimento da norma, pois que, no caso, existe, *ab initio*, direito subjetivo pleno”.²⁹³

Note-se que até mesmo o Supremo Tribunal Federal, que entendia as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde como normas eminentemente programáticas, passou a reconhecer o direito à saúde como direito subjetivo exigível em juízo, sendo oportuno mencionar, a título exemplificativo, as decisões proferidas pelo Ministro Celso de Mello, quando da relatoria dos Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários n. 271.286/RS e 393175, publicados no DJU, respectivamente, em 24/11/2000 e 2/2/2007.

Nesses julgamentos se discutia o fornecimento de medicamentos pelo Estado e ficou assentado que a saúde era direito subjetivo, não podendo as disposições constitucionais em matéria de direito à saúde serem jungidas a meras promessas constitucionais inconsequentes.

Mesmo que se entendesse de forma diversa, haveria que se reconhecer eficácia jurídica ao direito subjetivo prestacional à saúde no Brasil. Isso porque já houve a cogitada intermediação legislativa – especialmente com a edição das já mencionadas Leis n. 8.080/90 e 8.142/90, as quais, conjuntamente, compõem a Lei Orgânica da Saúde – LOS. Segundo a doutrina, a questão referente à configuração de um direito subjetivo à saúde desde logo judicializável parece (e apenas parece) ter perdido um pouco de interesse em território brasileiro, dada a existência de intermediação legislativa em nosso país.²⁹⁴

Deveras, a complementação legislativa infraconstitucional dada às disposições constitucionais que tratam do direito fundamental à saúde lhes conferiu densidade normativa suficiente para se reconhecer a possibilidade de sindicabilidade desse direito junto ao Poder Judiciário.

Esse direito fundamental à saúde que ora se trata possui uma dimensão subjetiva. Por meio dela se extrai a existência de uma relação jurídica trilateral, formada pelo titular, pelo objeto e pelo destinatário. Confere-se ao titular do direito à saúde – em

²⁹² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: RT, 2001. p. 192.

²⁹³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: RT, 2001. p. 192.

²⁹⁴ LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 78.

sua dimensão subjetiva – a possibilidade de fazer valer os poderes, as liberdades ou mesmo a ação ou ações negativas ou positivas em face do Estado, ao qual, por consequência, incumbe o dever jurídico de satisfazê-lo, sob pena de acionamento judicial.^{295 296}

Destaque-se que esse direito subjetivo à saúde congrega, segundo Rogério Gesta Leal²⁹⁷, um duplo viés, abarcando tanto uma significação positiva quanto uma negativa. O viés negativo se traduz em uma esfera individual de liberdade imune ao poder de império do Estado.²⁹⁸ Tem-se, pois, sob esta ótica, que o direito subjetivo à saúde impõe ao Estado uma verdadeira abstenção, de modo a impedir que a Administração Pública possa atuar de maneira a prejudicar a saúde dos cidadãos.²⁹⁹ De outra banda, o viés positivo garante ao sujeito a possibilidade de exigir do Estado prestações positivas.³⁰⁰
³⁰¹ Dito isso, se afigura plausível anotar que o direito à saúde é tanto um direito de defesa (em seu viés negativo) quanto um direito social prestacional (em seu viés positivo).

Cabe aqui tão-somente abrir um parêntese para pontuar, com amparo em Rogério Gesta Leal³⁰², a manifesta insuficiência do conceito clássico de direito subjetivo (notadamente em seu viés positivo) para tratar do direito social à saúde. Isso se dá porque não se pode afastar da discussão o problema envolvendo a restrição dos direitos fundamentais sociais, porquanto a escolha de um desses direitos implica na restrição de outros.

De igual modo, cumpre observar, como o faz Ricardo Lobo Torres, que esse direito subjetivo que ora se trata diz respeito, em princípio, às políticas públicas de saúde e de fornecimento de fármacos, e não à adjudicação individual de bens públicos. Esse entendimento, aliás, já foi objeto de acatamento em decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie, por ocasião da apreciação da STA n. 91/AL, oportunidade em que ponderou a então Presidente do Supremo Tribunal Federal: “[...] o direito à saúde, refere-se, em

²⁹⁵ CUNHA J.R, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 232.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 154.

²⁹⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficáciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 43.

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 157.

²⁹⁹ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 71-2.

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 157.

³⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 265.

³⁰² LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficáciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78-79.

princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas”.³⁰³

Ressalte-se que, por motivos de ordem metodológica, o debate aprofundado dessas questões se dará num segundo momento, ao longo do desenvolvimento deste trabalho acadêmico, cabendo, nesse instante, tão-somente frisar e explicitar a existência de um duplo viés (negativo e positivo) do direito à saúde, em sua perspectiva ou dimensão subjetiva.

A par da dimensão subjetiva do direito à saúde coloca-se também uma dimensão objetiva. Nesse norte, as disposições constitucionais que estatuem o direito fundamental à saúde são concebidas como um conjunto de valores objetivos básicos e de diretrizes da atuação positiva do Estado³⁰⁴ que incluem os seguintes desdobramentos: a) eficácia dirigente do direito à saúde em relação aos órgãos do Estado (há uma irradiação de ordem aos órgãos estatais a fim de que dêem concreta realização ao direito à saúde);³⁰⁵ b) possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em face do direito fundamental-constitucional à saúde;³⁰⁶ c) efeito irradiante do direito fundamental à saúde em todo o ordenamento jurídico (o direito fundamental à saúde serve de pauta para o legislador ordinário e demais instâncias aplicadoras do direito);^{307 308} d) dever de proteção (*Schutzpflichten*) do poder público no que toca ao direito à saúde (não há apenas o dever do Estado de se abster de lesar a saúde do indivíduo, mas também a obrigação de atuar na proteção positiva da saúde do particular das mais diversas ameaças, aí incluídas aquelas provenientes de outro particular e/ou outros Estados);³⁰⁹ e e) o direito fundamental à saúde

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, DJU 5 mar. 2007, Suspensão de Tutela Antecipada n. 91/AL, Rel. Min. Ellen Gracie.

³⁰⁴ CUNHA J.R., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 232.

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 146.

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 147.

³⁰⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154.

³⁰⁸ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39.

³⁰⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 162.

serve de parâmetro de criação e constituição de organizações ou instituições estatais e para o procedimento.³¹⁰

Calha mencionar, pela sua cientificidade e importância, a análise do direito à proteção da saúde realizada pela doutrina de Marta León Alonso – a qual promoveu uma classificação desse direito fundamental com base em um rearranjo das dimensões subjetiva (em seus vieses positivo e negativo) e objetiva do direito fundamental à saúde.³¹¹ A jurista europeia desdobra o direito à proteção à saúde em: a) direito à saúde; b) direito à proteção da saúde em sentido estrito; e c) direito à assistência sanitária.

O direito à saúde – concebido como primeiro desdobramento em sua teoria – abarcaria a liberdade *prima facie* do indivíduo para decidir sobre seu próprio destino em matéria de saúde e, por consequência, também o direito *prima facie* (e, portanto, sujeito a restrições) de exigir do Estado que não obste as suas ações e omissões nesse tema. Já o direito à proteção da saúde *stricto sensu* legitima o titular do direito à saúde a exigir do Estado, seja por ações fáticas ou normativas, que o proteja frente a intervenções de terceiros (aí incluídos os particulares e outros Estados). Ao cabo, tem-se o direito à assistência sanitária, o qual contempla os direitos à prestações em sentido estrito.

O trabalho proposto no presente estudo cinge-se à análise da questão respeitante ao fornecimento judicial gratuito de fármacos pelo Estado. Logo, situa-se tal direito dentro da dimensão ou perspectiva subjetiva do direito à saúde, mais precisamente em seu viés positivo. Trata-se, pois, de encarar o direito à saúde como um verdadeiro direito social prestacional. Noutra classificação, esse direito social prestacional é derivado do direito à assistência sanitária de que trata a jurista espanhola Marta León Alonso.

2.1.5 Política Nacional de Medicamentos – PNM e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF

Com amparo doutrinário se afigura plausível consignar que uma política pública consiste em uma linha de atuação governamental resultante de um ou mais processos regulados juridicamente, com o escopo de coordenar ações estatais e privadas,

³¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 150.

³¹¹ LEÓN ALONSO, Marta. *La protección constitucional de la salud*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2010. p. 157-62.

visando realizar objetivos sociais relevantes e politicamente determinados.³¹² O suporte jurídico de uma política pública pode advir tanto de normas constitucionais como infraconstitucionais, podendo, inclusive, ser extraído de normais infralegais ou mesmo de outros instrumentos jurídicos (decretos, portarias, contratos de concessão de serviço público etc).³¹³ Como é possível constatar, o estabelecimento de uma política pública busca, em última análise, dar concretude aos direitos fundamentais – notadamente aos direitos sociais.

Com supedâneo nas disposições constitucionais respeitantes ao direito à saúde e, em especial, com arrimo no art. 6.º, inc. VI, da Lei n. 8.080/90, bem como, com espeque nas orientações da Organização Mundial da Saúde – OMS, foi estruturada e detalhada – por intermédio dos poderes constituídos republicanos –, a Política Nacional de Medicamentos – PNM, pela Portaria Técnica do Gabinete do Ministro do Ministério da Saúde PT/GM/MS n. 3.916/98.

Na realidade, a Organização Mundial de Saúde – OMS já vinha cobrando dos Estados, desde o longínquo ano de 1975, a necessidade de adoção de políticas públicas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica. Isso se deu em virtude daquela entidade ter constatado que cerca de 1/3 (um terço) da população mundial não tinha acesso aos medicamentos essenciais. Deu-se, ainda, porque a Organização Mundial de Saúde – OMS verificou que o mercado mundial era composto por cerca de 70% (setenta por cento) de medicamentos não essenciais, perigosos e até desnecessários.³¹⁴

Para a Organização Mundial da Saúde – OMS, uma política pública de medicamentos deve implicar no estabelecimento de um conjunto de diretrizes e ações com o desiderato de garantir à população uma provisão adequada de medicamentos seguros, eficazes e de boa qualidade (os quais devem ser objeto de um uso racional). Dentre outros elementos, tal política pública a ser implementada pelos Estados nacionais devem abarcar a

³¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

³¹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

³¹⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 258.

produção, distribuição, legislação, registro, prescrição, dispensação, qualidade e propaganda comercial de fármacos.³¹⁵

O Brasil, ao promover a implementação da Política Nacional de Medicamentos – PNM, por intermédio da edição de legislação infraconstitucional e de inúmeros atos normativos infralegais, tal qual a Portaria Técnica do Gabinete do Ministro do Ministério da Saúde PT/GM/MS n. 3.916/98, procurou dar concretude ao direito social à saúde, buscando a observância das recomendações da Organização Mundial da Saúde – OMS.

Conseqüentemente à estruturação da Política Nacional de Medicamentos – PNM, foi iniciada a implementação da Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF, cujo pontapé inicial foi dado pela Resolução do Conselho Nacional de Saúde CNS n. 338/04. Esta última política pública integra aquela e visa propiciar o acesso da população necessitada a medicamentos que possam contribuir para a promoção, proteção e recuperação da saúde.³¹⁶

Segundo definição do próprio Ministério da Saúde:

A Assistência Farmacêutica (AF) reúne um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, por meio da promoção do acesso aos medicamentos e uso racional. No Ministério da Saúde, tais ações consistem em promover a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como sua seleção, programação, aquisição, distribuição e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população.³¹⁷

Essa Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF se subdivide em três categorias: a) assistência básica ou primária; b) programa de medicamentos especializados; e c) programas estratégicos de saúde. Cada uma dessas categorias busca dar atendimento às diferentes necessidades da população, englobando desde os

³¹⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 258.

³¹⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1000>. Acesso em: 18 nov. 2010.

³¹⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1000>. Acesso em: 18 nov. 2010.

medicamentos mais baratos até os de maior custo econômico, bem como, os fármacos empregados para tratar desde moléstias comuns até aquelas mais específicas e raras.³¹⁸

A assistência farmacêutica de atenção básica é regulamentada pela Portaria n. 2982/09 do Ministério da Saúde e recebe financiamento da União (via Ministério da Saúde), dos Estados e dos Municípios. Tal modalidade de assistência farmacêutica compreende o fornecimento de medicamentos destinados à atenção básica, ditos essenciais (os quais são em regra dispensados pela rede de atenção básica municipal de saúde).³¹⁹

Já o programa de medicamentos especializados – também conhecido por Componente Especializado da Assistência Farmacêutica – CEAF, – é regulado pela Portaria GM/MS n. 2.981/09, alterada pela Portaria GM/MS n. 3.439/10. Sua nota essencial é a busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), publicados pelo Ministério da Saúde. O foco do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica – CEAF é o atendimento de doenças individuais dependentes de tratamentos longos ou mesmo permanentes e que geralmente requerem o emprego de medicamentos de elevado custo financeiro, tais como: esclerose múltipla, doença de *Gaucher*, Doença de *Parkinson*, fibrose cística e artrite reumatóide.³²⁰

Os medicamentos que constituem as linhas de cuidado para as doenças contempladas neste componente estão divididos em três grupos com características, responsabilidades e formas de organização distintas. O Grupo 1 é aquele cujo financiamento está sob a responsabilidade exclusiva da União. É constituído por medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o componente, por aqueles indicados para doenças mais complexas, para os casos de refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento e que se incluem em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde. O Grupo 2 é constituído por medicamentos cuja responsabilidade pelo financiamento é das Secretarias Estaduais da Saúde. O Grupo 3 é constituído por medicamentos cuja responsabilidade pelo

³¹⁸ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 249.

³¹⁹ BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES; José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 64.

³²⁰ BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES; José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 65.

financiamento é tripartite, sendo a aquisição e dispensação de responsabilidade dos Municípios, sob regulamentação da Portaria GM n. 2.982/2009.³²¹

Já os programas estratégicos de saúde contemplam os medicamentos utilizados para tratamento das doenças de perfil endêmico e que tenham impacto socioeconômico. Possuem por objetivo garantir o acesso aos medicamentos por portadores de doenças que configuram problemas de saúde pública, consideradas como de caráter estratégico pelo Ministério da Saúde. Constituem programas de saúde estratégicos o controle da tuberculose, hanseníase, DST/AIDS, endemias focais, sangue e hemoderivados, alimentação, nutrição e tabagismo.³²²

Frise-se que as listagens dos medicamentos contemplados pelo Sistema Único de Saúde – SUS nos componentes básico, estratégico e especializado podem facilmente serem consultadas e obtidas no endereço eletrônico do Ministério da Saúde na rede mundial de computadores.³²³

Importante instrumento da Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF é a Relação Nacional de Medicamentos – Rename, a qual inclui medicamentos essenciais financiados pelos três mencionados componentes da Assistência Farmacêutica: básico, especializado e estratégico. Por medicamentos essenciais entendem-se aqueles que satisfazem às necessidade prioritárias de saúde da população. A Relação Nacional de Medicamentos – Rename é revista periodicamente, a cada biênio, pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Rename – Comare.³²⁴

Essa comissão tem por finalidade realizar avaliação sistemática da Relação Nacional de Medicamentos – Rename, indicando as alterações necessárias, com o propósito de selecionar os medicamentos mais adequados para atender as necessidades prioritárias de assistência à saúde da maioria da população. Foi instituída pela Portaria GM-1.254/05 e é atualmente regulamentada pela Portaria n. 1/08 do Ministério de Saúde, sendo que de seu colegiado participam vinte e duas instituições (oito delas pertencentes ao Ministério da Saúde, duas ao Sistema Único de Saúde - SUS, duas entidades de

³²¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1000. Acesso em: 18 nov. 2010.

³²² MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1000. Acesso em: 18 nov. 2010.

³²³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1000. Acesso em: 18 nov. 2010.

³²⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/rename2010final.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2010.

representação de profissionais da saúde ou associação médica brasileira ou conselho profissionais de Medicina e Farmácia, duas sociedades científicas e oito universidades).³²⁵

A Relação Nacional de Medicamentos – Rename, revista a cada dois anos pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Rename – Comare e publicada pelo Ministério de Saúde, já se encontra em sua sétima edição (2010). Desta última edição figuraram como revisores os seguintes membros da Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Rename – Comare: a) 8 (oito) Universidades: Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Universidade Federal do Ceará – UFC; Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; Universidade Federal Fluminense – UFF; Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Universidade Federal de São Paulo – Unifesp; Cesumar; e Universidade de Sorocaba – Uniso; b) 4 (quatro) entidades de classe e científicas: Conselho Federal de Farmácia – CFF; Associação Médica Brasileira – AMB; Sociedade Brasileira de Medicina Tropical – SBMT; e Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos – Sobravime; c) 2 (duas) instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde – SUS: Conselho Nacional dos Secretários de Saúde – Conass; e Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde – Conasems; e d) 8 (oito) representantes do Ministério da Saúde: Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos – DAF; Departamento de Ciência e Tecnologia – DECIT; Departamento de Economia da Saúde e Desenvolvimento – DESD; Secretaria de Vigilância em Saúde – SVS; Secretaria de Atenção à Saúde – SAS; Instituto Nacional de Câncer – INCA; Escola Nacional de Saúde Pública – ENSP/Fiocruz; e Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.³²⁶

Já na sexta edição de 2008 a Relação Nacional de Medicamentos – Rename contemplava um total de 342 (trezentos e quarenta e dois) fármacos, 8 (oito) correlatos (tais como preservativos, iodo, diafragma, álcool etílico etc) e 33 (trinta e três) imunoterápicos (soros e vacinas) – todos disponibilizados em um total de 552 (quinhentos e cinquenta e duas) formas de apresentação.

A Relação Nacional de Medicamentos – Rename é formada pelos nomes dos princípios ativos dos medicamentos aprovados e devidamente registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Para a inclusão dos medicamentos na relação, a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Rename – Comare leva em

³²⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1000>. Acesso em: 18 nov. 2010.

³²⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome2010final.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2010..

consideração, dentre outros critérios, o do menor custo do medicamento nas etapas de armazenamento, distribuição, controle e tratamento. Também é levado em conta pela referida comissão o fato do fármaco apresentar valor terapêutico comprovado, com base em evidências clínicas.

Vê-se, pois, que a seleção de medicamentos da Relação Nacional de Medicamentos – Rename tem por norte o atendimento das prioridades nacionais da saúde com base em diretrizes da Organização Mundial da Saúde – OMS, baseando-se, para tanto, na segurança, na eficácia terapêutica comprovada, na qualidade e na disponibilidade dos fármacos.³²⁷ Representa, pois, a Relação Nacional de Medicamentos – Rename, importante instrumento de acesso equânime da população a um conjunto de medicamentos necessários ao atendimento do direito fundamental à saúde.³²⁸

Do que se expôs resulta concluir que é falacioso o argumento de que os poderes Legislativo e Executivo estão inertes ou omissos no que se refere ao atendimento do direito fundamental à saúde, especificamente no que diz respeito à política pública de fornecimento de medicamentos para o povo brasileiro.³²⁹ Há, como verificado, a estruturação de concretas políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica dotadas de participação da sociedade e baseadas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT representativos do mais avançado conhecimento técnico-científico disponível.

Findada a análise do direito fundamental à saúde e de sua estruturação no ordenamento jurídico pátrio, inclusive com a abordagem da estruturação do Sistema Único de Saúde – SUS e das correspondentes políticas públicas de medicamentos e de assistência farmacêutica, é chegada hora de deitar raízes no estudo dos fenômenos do ativismo judicial e da excessiva judicialização das políticas públicas de fornecimento de fármacos, em especial no que atine às demandas individualmente ajuizadas.

³²⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/rename2010final.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

³²⁸ SAKURAI, Sergio Naruhiko; TONETO JR., Rudinei; e GREMAUD, Amaury Patrick. Emenda constitucional n. 29/2000: influência sobre a execução orçamentária dos Estados e municípios brasileiros em saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 32-3.

³²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 323.

2.2 O ATIVISMO JUDICIAL E A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EM DEMANDAS INDIVIDUAIS

Em sede de prelúdio, convém traçar distinção entre os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial – os quais não se confundem. Embora haja certo grau de parentesco entre ambos, eles não possuem as mesmas origens e características. Diferem, pois, em vários aspectos, embora se deva reconhecer a dificuldade de enquadramento de dada situação fática em cada um desses fenômenos.

A judicialização é um fato passível de constatação empírica e que decorre do modelo constitucional adotado por determinado Estado. Implica (a judicialização) na constatação de que de que questões de larga repercussão política e social que deveriam estar sendo avaliadas pelas instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Poder Legislativo e o Executivo, estão sendo objeto de deliberação do Poder Judiciário, de modo a se falar, então, de certa transferência de poder em favor deste último.³³⁰

Note-se que o fenômeno não depende da vontade deliberada do Poder Judiciário e consiste, em apertada síntese, em trazer o debate político para o âmbito judicial. Segundo ponderação de Luís Roberto Barroso, “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”.³³¹

No outro vértice figura o ativismo judicial, que é temática objeto de alvissareiros debates em terras brasileiras e cuja abordagem nesse trabalho se faz necessária apenas para chamar a atenção para os impactos que esse fenômeno tem gerado em matéria de direito à saúde e fornecimento de fármacos.

Essa expressão tem berço americano e foi empregada pela primeira vez no ano de 1947, em um artigo publicado na revista *Fortune*, cujo objeto consistia na análise das posições dos nove membros da Suprema Corte norte-americana.³³²

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 23/3/2010.

³³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 23/3/2010.

³³² LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Larissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 2.

O ativismo judicial pressupõe a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em prejuízo das funções legislativa, executiva e até de governo. Isto é: concebe-se o ativismo judicial como a tendência do Poder Judiciário em se substituir aos poderes Legislativo e Executivo em situações especiais.³³³ Com ele se desfigura a função jurisdicional típica do Poder Judiciário, de modo a se constatar uma incisiva violação do núcleo essencial das funções atribuídas constitucionalmente aos demais poderes constituídos.³³⁴

Com amparo na doutrina se afigura plausível anotar que “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.³³⁵ Segundo Francisco Zúñiga Urbina,

[...] o ativismo judicial aparece ligado à liberdade de criação dos juízes, à atualização do serviço de justiça em que suas sentenças, além de compor assunto submetido a sua jurisdição, contêm sinais inovadores aos demais poderes, aos juízes inferiores e outras ordens jurisdicionais, e à sociedade em geral, tendentes a gerar uma mudança na legislação, na jurisprudência ou nos costumes.³³⁶

Para esse fenômeno tem contribuído a nova correlação de forças hoje existente, em que se verifica a migração entre os tradicionais sujeitos e mecanismos da democracia representativa, neles compreendidos os três poderes constituídos, o voto e os partidos políticos, e os novos sujeitos de organização e pressão sociais, representados, por exemplo, pelas Organizações Não Governamentais – ONGs, associações civis e movimentos sociais. Isso acaba gerando uma aguda pressão e mobilização política da

³³³ LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Larissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16.

³³⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-7.

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 23/3/2010.

³³⁶ ZÚNIGA URBINA, Francisco. Activismo judicial versus garantismo procesal y tribunal constitucional. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Larissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 65, tradução nossa. ([...] el activismo judicial aparece ligado a la libertad de creación de los jueces, al protagonismo de los jueces, al *aggiornamento* del servicio de justicia em que sus sentencias, además de componer el asunto sometido a su competencia, contienen “señales” innovadoras a los demais poderes, a los jueces inferiores u otros ordenes jurisdiccionales, y a la sociedade em general, tendientes a generar um cambio em la legislación, em la jurisprudência o em las costumbres [...])

sociedade sobre os interlocutores inseridos nessa correlação de forças, em especial no que respeita ao Poder Judiciário.³³⁷

Tal fenômeno é usualmente visto com desconfiança e de modo negativo justamente por importar em desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário³³⁸ e por se dar em prejuízo da autonomia do direito, acarretando o deslocamento dos juízos políticos e morais em favor do Poder Judiciário.³³⁹

Por certo que o poder constituído mais violentamente atacado pelo ativismo judicial é o Legislativo, já que ele tanto pode ser prejudicado pela invalidação irregular da legislação editada por decisão ativista prolatada em sede de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, como também pode ter o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas dos juízes.

Oportuno mencionar que o ativismo judicial não se verifica apenas nos dois casos acima mencionados, também abarcando as hipóteses de manifesta distorção de sentido do dispositivo constitucional aplicado e cerceamento da atividade de outro poder estatal. Daí se concluir que o ativismo judicial pode se dar em dois vieses distintos, abarcando tanto a deformação da normatividade constitucional quanto da infraconstitucional objeto de fiscalização.³⁴⁰

Luís Roberto Barroso³⁴¹ nos dá algumas diretrizes que permitem identificar posturas ativistas – as quais incluem as seguintes condutas: a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) utilização de critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação quando da declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos editados pelo Legislativo; e c) intervenções, em especial em matéria de políticas públicas, com a imposição de condutas ou abstenções aos demais poderes constituídos.

Para ilustrar o conceito de ativismo judicial e, com o intuito de facilitar a compreensão do fenômeno, mister trazer à colação alguns exemplos concretos de sua ocorrência em terras brasileiras: a) criação de uma nova hipótese de perda de mandato

³³⁷ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 28-9.

³³⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

³³⁹ STRECK, Lenio Luiz. À guisa de prefácio: A revolução copernicana do (e no) direito à saúde. In: LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. XXIV.

³⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129-41.

³⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 23/3/2010.

parlamentar, em virtude do reconhecimento de que o mandato eletivo pertence ao partido político (e não ao candidato); b) edição de súmula vinculante impondo a vedação do denominado nepotismo nos demais poderes; c) o caso da verticalização; e d) distribuição de medicamentos e determinação de tratamentos médicos mediante decisões judiciais em casos específicos a serem abordadas adiante, notadamente no que toca à fornecimento de fármacos não incluídos na Política Nacional de Assistência Farmacêutica - PNAF, experimentais e sem registro em terras brasileiras.³⁴²

Cumpra ainda registrar a existência de outro fenômeno correlato ao ativismo judicial – embora diametralmente oposto: a passividade ou autocontenção judiciária. Por meio dela, busca o Judiciário frear sua interferência no âmbito de atribuição dos demais poderes republicanos e, tal qual o ativismo judicial, também deve ser vista com preocupação.³⁴³ Sobreleva notar que essa passividade ou autocontenção judiciária foi e é fomentada pelo positivismo clássico e sua noção de superioridade absoluta da lei sobre a atividade interpretativa de seu aplicador, ao passo em que o ativismo judicial é próprio do pragmatismo e do moralismo judiciário.³⁴⁴

Procedendo-se uma análise evolutiva é possível constatar que a atuação judicial em matéria de saúde e fornecimento de medicamentos era bastante contida e tímida – tanto que as normas constitucionais em tema de direito social à saúde eram consideradas como normas meramente programáticas. Porém, essa possível passividade e autocontenção judiciária rapidamente se transmudou para um cenário de excessiva judicialização e de inegável ativismo judicial, causando, especialmente este último, não raras vezes, verdadeira desestabilização do equilíbrio democrático das instituições, na forma traçada pela Constituição.^{345 346}

Mesmo que desconsideradas as demandas ajuizadas contra os Estados da Federação e os infindáveis Municípios brasileiros e tomadas unicamente aquelas

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 23/3/2010.

³⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 23/3/2010.

³⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

³⁴⁵ LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Larissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16-7.

³⁴⁶ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35-6.

direcionadas contra a União, já é possível constatar o grande incremento da busca da via judicial para a obtenção do fornecimento gratuito de fármacos.

Colhe-se dos dados do Ministério da Saúde que, em 2005, haviam 387 (trezentos e oitenta e sete) demandas judiciais, quantitativo esse que passou para 2.006 (dois mil e seis) em 2008. Para atender a essa demanda houve a disponibilização de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) em 2005 e de R\$ 67.600.000,00 (sessenta e sete milhões e seiscentos mil reais) em 2008, o que representa um aumento de gastos públicos com demandas judiciais de medicamentos na proporção de 30 (trinta) vezes em um triênio.³⁴⁷

Como reconhece Rogério Gesta Leal³⁴⁸, tem-se verificado a ocorrência de judicialização de questões de natureza política e social que dizem respeito, em caráter precípua, a outras esferas e espaços de deliberação pública, como o Poder Legislativo e o Executivo. Bem assinala referido doutrinador – ao tratar especificamente dos direitos sociais – que se tem visto uma jurisdicionalização demasiada do debate.³⁴⁹ Conforme enaltece José Joaquim Gomes Canotilho³⁵⁰, pode-se falar em uma transferência das políticas para os direitos.

Há, pois, uma empírica constatação que aponta para o ativismo judicial e a excessiva judicialização dos direitos sociais, sob o âmbito do direito subjetivo-individual (em especial no que concerne ao direito fundamental à saúde). E – diante dessa premissa –, forçoso investigar as possíveis causas e efeitos essencialmente negativos desses fenômenos, o que se passará doravante a fazer.

2.2.1 Possíveis causas do ativismo judicial e da excessiva judicialização no que tange ao fornecimento de fármacos

³⁴⁷ NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o poder público e judiciário para a tomada de decisão: potencialidade e limitações. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 145.

³⁴⁸ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 53.

³⁴⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86.

³⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo; RT; Coimbra: Coimbra editora, 2008. p. 132.

São inúmeras as possíveis causas que culminaram com a eclosão da excessiva judicialização e do ativismo judicial na área da saúde e fornecimento de fármacos, podendo ser salientado, num primeiro momento, o processo de redemocratização brasileiro, cujo auge se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O Poder Judiciário, que outrora estava reduzido a um mero “departamento” estatal, transmudou-se em um real e verdadeiro poder estatal, sendo, pois, encarregado pelo Poder Constituinte Originário de fazer valer a Constituição e a legislação infraconstitucional, inclusive contra o Poder Executivo e o Legislativo.

Dentro desse processo de redemocratização e de ressurgimento da sociedade civil também se verificou a valorização institucional do Ministério Público, além de ter sido incrementada a cidadania do povo brasileiro, que passou a deter maior conhecimento sobre os seus direitos.³⁵¹ ³⁵² De igual modo, há que ser citada a característica analítica e ambiciosa da Carta Fundamental de 1988 – a qual decorre de um fenômeno de constitucionalização abrangente. Como bem pontua Luiz Roberto Barroso:³⁵³ “A normatividade e a efetividade das disposições constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma virada jurisprudencial [...]”.

Nossa Constituição trouxe para o seu bojo uma infinidade de direitos, os quais, ao serem constitucionalizados, passaram a se constituir em fundamento jurídico para a sua invocação perante o Poder Judiciário, promovendo uma verdadeira judicialização da política.³⁵⁴ É justamente o caso do direito social à saúde, o qual foi reconhecido como direito fundamental social no art. 6.º da Constituição da República, merecendo, ainda, estruturação e detalhamento nas disposições constitucionais constantes dos arts. 196 a 200. O caráter compromissório da Carta brasileira de certa forma serve de fomento para os pleitos de plena eficácia que desembocam na judicialização e no ativismo judicial em

³⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 23/3/2010.

³⁵² AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 7.

³⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 324.

³⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 23/3/2010.

matéria de direito social à saúde, notadamente no que diz respeito ao fornecimento de fármacos.³⁵⁵

Fatores outros também convergiram para o processo de judicialização e de ativismo judicial em matéria de saúde, dentre os quais se destaca o novo papel que o direito, o Poder Judiciário e a jurisdição constitucional passaram a desempenhar com o advento do Estado Democrático de Direito.

O papel da lei no seio do Estado Democrático de Direito assume grande importância. Se ontem, no Estado Liberal, a lei se resumia a uma esfera puramente normativa, agora, no Estado Democrático de Direito, ela passa a influir na realidade social, exercendo uma função transformadora da sociedade e impondo mudanças sociais democráticas.³⁵⁶ Nesse novo Estado “[...] a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento da ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica”.³⁵⁷

Denota-se, pois, que o Estado Democrático de Direito traz em seu bojo disposições que se traduzem em instrumentos de realização de seus dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Nesse cenário, o direito assume uma nova roupagem: a de transformação das estruturas da sociedade.³⁵⁸

Como não poderia deixar de ser, a transformação ocorrida no direito perpassa pelo novo papel conferido ao Poder Judiciário e à jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito – esta (a jurisdição constitucional) que passou a ser inclusive identificada como elemento integrante da própria definição de Estado Democrático de Direito.³⁵⁹ Como bem coloca a doutrina, “[...] a existência da justiça constitucional e de uma fortalecida e ativa jurisdição constitucional tornaram-se um requisito de legitimação e credibilidade política dos próprios regimes constitucionais democráticos [...]”.³⁶⁰

³⁵⁵ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 7.

³⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 125-126.

³⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 85.

³⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 87.

³⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 103.

³⁶⁰ CUNHA J.R., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 395.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, houve verdadeira transferência do protagonismo para a jurisdição constitucional e para o Poder Judiciário. Isto é, constatou-se um verdadeiro deslocamento do foco de tensão para o Poder Judiciário. É fácil identificar que no Estado Liberal a tensão – que é diretamente proporcional ao caráter dirigente e compromissório da Constituição – estava centrada no Poder Legislativo, enquanto que no Estado Social recaia no Poder Executivo e agora, com o Estado Democrático de Direito, centra-se na jurisdição constitucional e no Poder Judiciário.

Essas circunstâncias impactam no aumento da judicialização e do ativismo judicial em matéria de direito à saúde e fornecimento de medicamentos. Em terras brasileiras essa questão ganha relevância, na medida em que se tem, de um lado, uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro lado, uma Constituição que garante esses direitos de forma bastante ampla.³⁶¹

Outro ponto que reforça o papel da jurisdição constitucional, especialmente no que toca ao direito à saúde, é a crise de representatividade atravessada pelo Poder Legislativo brasileiro, porquanto o que se tem notado é uma clara discrepância entre as manifestações dos parlamentares e os interesses da sociedade.³⁶² A arraigada ideia de que a lei é fruto da vontade geral, personificada nos poderes constituídos, foi paulatinamente substituída pela constatação empírica de que a lei é na verdade resultado das maiorias partidárias do governo (e que nem sempre representam o ideal da população). A utilização excessiva de medidas provisórias caracteriza patente tomada de parcela do Poder Legislativo pelo Executivo Federal e bem demonstra que, na realidade, a legislação é fruto da maioria que governa.

Há que se mencionar que a adoção do sistema presidencialista contribui para o tensionamento em favor do Poder Judiciário, já que este passa a ser o poder incumbido de arrefecer as tensões existentes entre as duas maiorias, representadas pelos poderes Executivo e Legislativo (no parlamentarismo isso não se verifica, já que há apenas uma maioria: é o Parlamento que elege o Primeiro Ministro).

Nessa toada, há um redimensionamento no relacionamento entre os poderes, em que o Poder Judiciário surge como um meio de resgate das promessas da modernidade, mormente no Brasil, onde o *Welfare State* não passou de um simulacro. Vale mencionar

³⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 84.

³⁶² CUNHA J.R., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 395-6.

que, se a própria Constituição da República previu mecanismos para a efetivação dos direitos ditos de segunda e terceira dimensões, isso se deu justamente porque se reconhece que a função social do Estado ainda não aconteceu.³⁶³

Logo, o Poder Judiciário, por intermédio precípua da jurisdição constitucional, passou a desempenhar, no seio do Estado Social e Democrático de Direito, um papel de fundamental importância na concretização da Constituição, sendo visto pela sociedade como um verdadeiro campeão de cidadania.³⁶⁴ ³⁶⁵ Na realidade, houve uma supervalorização do Poder Judiciário e dos meios judiciais de controle em detrimento dos demais poderes constituídos e dos meios não judiciais, como é o caso do voto popular.³⁶⁶

Embora se deva reconhecer que a crise dos demais poderes contribuiu para isso, há que se ter em mente o grande perigo democrático causado por essa supervalorização dos juízes e da jurisdição constitucional no que tange à efetivação de políticas públicas, essencialmente no que tange ao direito à saúde e fornecimento de medicamentos.

A par de tudo isso é importante ter em mira a contemporânea existência de uma ideologia ou moralidade da saúde impactante na construção das identidades pessoais, ou bioidentidades. Se a saúde ontem era considerada uma mera preocupação, nos dias atuais se constitui em um valor absoluto e num padrão de julgamento. Nessa quadra, a saúde passa a ser considerada como um fim em si mesmo, o que abre as portas para a medicalização e sua conseqüente judicialização.³⁶⁷

Como bem coloca Francisco Ortega, a ausência de saúde se transmutou, na sociedade hodierna, em verdadeiro sinônimo de fracasso pessoal: “As ideologias da saúde e do corpo perfeito nos levam a contemplar as doenças que retorcem a figura humana como sendo sinônimo de fracasso pessoal”.³⁶⁸ Há, então, nítida demonstração de que a

³⁶³ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 84; 85; 87 e 148.

³⁶⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 8.

³⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 312.

³⁶⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 8.

³⁶⁷ ORTEGA, Francisco. *O corpo incerto: corporeidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 31-2.

³⁶⁸ ORTEGA, Francisco. *O corpo incerto: corporeidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 35.

sociedade contemporânea tem dispensado crescente ênfase aos processos de cuidados corporais e médicos – inclusive no respeitante ao interior do corpo humano.³⁶⁹

Fala-se, pois, num verdadeiro processo de compulsão consumista em matéria de saúde – em especial no que toca à medicalização. Como reconhece o autor antes mencionado: “A compulsão consumista foi canalizada para os produtos de saúde”.³⁷⁰ Na sociedade globalizada dos dias de hoje, os medicamentos, especialmente os mais inovadores e de alto custo, são vistos como verdadeiros bens privados e de consumo, em franca desconsideração do caráter comunitário de saúde.

Isso conduz a uma medicalização excessiva – muito bem apontada pelos médicos sanitaristas Luiz Roberto Barradas Barata e José Dínio Vaz Mendes:

Desde a segunda metade do século passado, não foram poucos os professores e médicos da área de saúde pública no Brasil que alertavam para o aumento excessivo do uso de medicamentos em nossa sociedade, seja por aquisição direta da população (automedicação) ou por prescrições médicas exageradas, estimuladas pela indústria farmacêutica, medicalização essa que pode trazer consequências deletérias para a saúde individual e coletiva de toda a população.³⁷¹

Nesse contexto, o direito à saúde e ao fornecimento de fármacos deixa de se tratar de um direito social para se transformar em bem de consumo rival valioso que é disputado por todos, especialmente pela via judicial.³⁷² Com essa visão fatalmente se reduz o direito à saúde às ações curativas e paliativas, em completa desconsideração da fundamentalidade das ações de promoção e prevenção de saúde.³⁷³

Certamente que essa ideologia da saúde e a deturpada visão dos medicamentos como bem de consumo privado conta com o induzimento da poderosa e lucrativa indústria farmacêutica mundial – a qual é a grande responsável pela notável

³⁶⁹ ORTEGA, Francisco. *O corpo incerto: corporeidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 42 e 73.

³⁷⁰ ORTEGA, Francisco. *O corpo incerto: corporeidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. P. 38.

³⁷¹ BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 67.

³⁷² CYRILLO, Denise C; CAMPINO, Antonio Carlos C. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 41.

³⁷³ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 42, n. 2, abr. 2008. p. 2.

evolução experimentada pelos medicamentos nos últimos tempos, e que possibilitou, inclusive, a busca da cura para males da humanidade até então incuráveis.

O grande poder econômico dessa indústria pode ser quantificado com base em relatório da Organização Mundial da Saúde – OMS, que aponta para um mercado global de medicamentos da ordem de 500 (quinhentos) bilhões de dólares. Frise-se que, nos países em desenvolvimento, os gastos com medicamentos representam nada mais nada menos que cerca de 50% (cinquenta por cento) dos gastos totais da saúde.³⁷⁴

Os grandes laboratórios mundiais lançam mão de incontáveis recursos de *marketing* com a intenção de promover o lançamento e a utilização dos fármacos que desenvolvem. Nessa estratégia, inserem-se diversas práticas publicitárias dirigidas não só aos pacientes, como também, às associações de pacientes com determinados problemas de saúde e aos próprios médicos.

Dentre as ações voltadas aos profissionais de saúde, incluem-se: o envio de presentes e amostras grátis por meio de representantes de vendas, bem como, e o que é fonte de maior preocupação, o financiamento de congressos médicos e a formulação de “informação educativa” com vistas a estimular o uso desnecessário de medicamentos modificados e sem vantagens reais de tratamento e o uso de novos medicamentos mais caros e sem comprovação de eficácia superior aos genéricos já utilizados; e o pagamento de consultorias para participação em pesquisas médicas.³⁷⁵

Segundo os dois profissionais da área médica acima citados, as empresas farmacêuticas atuam também juntamente às associações de pacientes de determinadas moléstias, apresentando novos e milagrosos medicamentos não incluídos nas listas públicas de medicamentos do Sistema Único de Saúde – SUS e que, por vezes, sequer contam com o necessário registro na Agência de Vigilância Sanitária - Anvisa. Assim agindo, acabam por induzir a prescrição desses medicamentos pelos médicos, de modo que os pacientes, diante da promessa de cura, batem às portas do Poder Judiciário pugnando

³⁷⁴ BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES; José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 68.

³⁷⁵ BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES; José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69.

pelo fornecimento judicial do fármaco prescrito, cujo custo financeiro para o Sistema Único de Saúde – SUS é elevadíssimo.³⁷⁶

Por seu turno, os pacientes acabam sendo verdadeiras vítimas desse processo – já que não se pode sequer razoavelmente exigir que um paciente deixe de tentar obter o medicamento que lhe é apresentado pela midiática indústria farmacêutica e pelo médico prescritor como a solução para a doença grave que lhe acomete e que pode ameaçar a sua própria existência. Tendo essa circunstância como norte, é bastante compreensível que o paciente, visando a aquisição do fármaco, faça tudo aquilo que está ao seu alcance, aí incluído o ajuizamento de demanda judicial contra o Estado.³⁷⁷

Bem coloca Altacílio Aparecido Nunes, na qualidade de professor do Departamento de Medicina Social da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – USP:

O fascínio que as novas tecnologias em saúde tem despertado nos usuários bem como a maior disponibilidade e velocidade de informações relacionadas “aos lançamentos de produtos” para a saúde, aliados à “falsa” sensação de segurança que esses avanços conferem aos profissionais de saúde, têm levado a uma verdadeira explosão de gastos em saúde com medicamentos [...] sobretudo através de uma nova modalidade de consegui-los, a via judicial, que no Brasil vem se tornando um fenômeno rotulado como “judicialização da saúde”, que engloba a “judicialização do acesso a medicamentos” [...] ³⁷⁸

Muitas das indústrias agem desse modo com a deliberada intenção de forçar a inclusão de seus produtos nas listas públicas de medicamentos do Sistema Único de Saúde – SUS. Com efeito, a inserção do fármaco na Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF representa um mercado cativo e uma fonte inestimável de receita ao laboratório fabricante.³⁷⁹

³⁷⁶ BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES; José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69.

³⁷⁷ BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES; José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69.

³⁷⁸ NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o poder público e judiciário para a tomada de decisão: potencialidade e limitações. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 145.

³⁷⁹ CHIEFFI, Ana Luiza; Barata, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 44, n. 3, jun. 2010. p. 423.

Num estudo realizado por Ana Luiz Chieffi e Rita de Cássia Barradas Barata, com base nos processos judiciais ajuizados contra o Estado de São Paulo no ano de 2006, concluiu-se que as 2.927 (duas mil, novecentas e vinte e sete) demandas judiciais existentes foram ajuizadas por 565 (quinhentos e sessenta e cinco) advogados – dentre os quais 549 (quinhentos e quarenta e nove) eram particulares (97,2% do total de advogados). Outro resultado preocupante foi a constatação de que 1% (um por cento) dos advogados foram responsáveis por nada mais nada menos que 35% (trinta e cinco por cento) das demandas.

Como apontou o estudo, esses números sugeririam uma relação mais estreita entre advogados e fabricantes de medicamentos – a qual acabou ficando mais evidenciada no ano de 2008. No apontado ano, a Polícia Civil do Estado de São Paulo investigou um suposto esquema de corrupção montado com a participação de associação de pacientes, médico, advogados e empregados de três laboratórios. Tal operação – que culminou com a prisão de nove pessoas –, visava a obtenção judicial de medicamentos de alto custo não integrantes das listas públicas do Sistema Único de Saúde – SUS, o que se dava com base em atestados ideologicamente falsos. Os cálculos apontaram para um rombo nos cofres públicos do Estado de São Paulo da ordem de R\$ 63.000.000,00 (sessenta e três milhões de reais).³⁸⁰

Mostra-se interessante pontuar que uma das formas de tentar atenuar esse fenômeno de medicalização excessiva é investir não só em ações de promoção e prevenção de saúde, mas também, e principalmente, em bons hábitos de vida.³⁸¹ Muitas pessoas tendem a preferir o consumo de medicamentos à eliminação dos fatores de risco como o fumo e a ingestão de álcool e à adoção de atividades físicas regulares e alimentação balanceada. Embora a mudança de valores em tema de saúde seja um processo árduo e lento, não se pode descurar de sua grande importância no cenário mundial atual. Em suma: há necessidade de que a população adote práticas de vida saudáveis, investindo nos cuidados com o próprio corpo.

Outros fatores de natureza sociológica e demográfica contribuem para o aumento da judicialização da saúde e do fornecimento de medicamentos. Dentre eles, é

³⁸⁰ PIZA, Paulo Toledo. Fraude com remédios desvia R\$ 63 mi e deixa 3 pessoas tuberculosas em SP. *Folha de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fofolha/cotidiano/ult95u440243.shtml>. Acesso em: 13/12/2010.

³⁸¹ BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES; José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69-70.

possível citar o aumento da presença feminina no mercado de trabalho. Com a crescente conquista dos postos de trabalho pelas mulheres, houve uma maior exposição do público feminino à fatores de riscos ligados ao exercício de determinadas funções consideradas perigosas ou insalubres (trabalho em mineração, construção civil etc).³⁸²

Há também que se mencionar a continuidade do processo de deslocamento da população rural em busca dos grandes centros e o aumento das lesões e mortes violentas causadas por fatores externos, seja em decorrência do aumento da criminalidade ou dos acidentes de trânsito.³⁸³ Para se ter uma ideia, o número total de vítimas não fatais de acidentes terrestres de trânsito no ano de 2005 foi de 513.510 (quinhentos e treze mil e quinhentos e dez) pessoas. No mesmo período, houve necessidade de internação de 118.122 (cento e dezoito mil, cento e vinte e duas) vítimas não fatais em hospitais conveniados ao Sistema Único de Saúde – SUS.³⁸⁴

Forte impacto no aumento da judicialização da saúde também pode ser tributado à transição demográfica hoje vivenciada e representada pelo envelhecimento populacional decorrente da diminuição das taxas de fecundidade, natalidade e mortalidade, bem como, ao aumento da expectativa de vida.³⁸⁵ Houve considerável incremento da expectativa de vida do povo brasileiro – a qual era de 57,4 (cinquenta e sete vírgula quatro) anos em 1980 e em 2009 já alcançava a marca de 73,2 (setenta e três vírgula dois) anos, conforme dados da tábua completa de mortalidade do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.³⁸⁶ Com o envelhecimento nacional, aumenta-se a incidência de doenças crônicas entre a população e com isso cresce a demanda por produtos, serviços e demais tecnologias em saúde respeitantes a essas doenças, as quais, por suas características, demandam continuidade e alto custo financeiro.³⁸⁷

³⁸² NASCIMENTO, Rogério Bento do. A efetivação do direito fundamental de acesso à saúde. *JurisPoiesis*, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, n. 11, p. 311, jan./dez. 2008.

³⁸³ NASCIMENTO, Rogério Bento do. A efetivação do direito fundamental de acesso à saúde. *JurisPoiesis*, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, n. 11, p. 311, jan./dez. 2008.

³⁸⁴ CENTRO DE ESTUDOS AUTOMOTIVOS – CESVI BRASIL. Disponível em: <www.cesvibrasil.com.br/seguranca/bliblioteca_dados.shtm>. Acesso em: 10/12/2010.

³⁸⁵ NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o poder público e judiciário para a tomada de decisão: potencialidade e limitações. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 144.

³⁸⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2009/ambosossexos.pdf>. Acesso em: 10/12/2010.

³⁸⁷ NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o poder público e judiciário para a tomada de decisão: potencialidade e limitações. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 144.

Do mesmo modo, deve ser lembrado o processo de transição epidemiológica que vem sendo constatado no Brasil – o qual abarca três situações em especial: a) substituição das doenças transmissíveis pelas doenças não transmissíveis como maior causa dos óbitos; b) deslocamento da morbimortalidade dos jovens em direção aos grupos de idosos; e c) mudança de uma situação de predomínio de mortalidade para outra de domínio de cronificação das condições mórbidas.³⁸⁸

O desconhecimento e a própria inobservância dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT do Ministério da Saúde também são causas ensejadoras da excessiva judicialização em matéria de fornecimento de medicamentos.³⁸⁹ O profissional médico, ao receitar um medicamento para o tratamento de determinada doença mediante desconsideração dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT, dá azo à busca de medicamentos não incluídos nas políticas públicas de fornecimento de medicamentos dos entes federativos, o que culmina com o ajuizamento de demandas judiciais contra o poder público.

Registre-se que tais protocolos têm por objetivo o estabelecimento de critérios claros de diagnóstico de cada doença, a indicação de tratamentos das doenças com as respectivas dosagens adequadas e o estabelecimento de mecanismos de monitoramento clínico em relação à efetividade de tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos.³⁹⁰ Em síntese, se afigura plausível asseverar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PDCT visam, em última análise, criar mecanismos que possibilitem uma prescrição segura e eficaz dentro da Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF.

Mais uma causa que pode ser apontada é a interpretação equivocada que vem sendo dada sistematicamente pelo Poder Judiciário no que toca à integralidade de que trata o inc. II do art. 198 da Constituição Federal. Como já se teve oportunidade de asseverar, não se pode tomar o atendimento integral a que se refere a Constituição Federal como sinônimo de direito subjetivo do paciente a todo e qualquer tratamento e/ou

³⁸⁸ NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o poder público e judiciário para a tomada de decisão: potencialidade e limitações. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 144.

³⁸⁹ MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; e LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro. In: *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, mar./abr. 2005. p. 533.

³⁹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/05_protocolos.pdf. Acesso em: 10/12/2010.

medicamento. O acurado exame do dispositivo constitucional em comento permite concluir que dar atendimento integral significa dizer que o sistema deve dispensar ao doente desde as ações de promoção e proteção de saúde até as relativas à recuperação de saúde, abarcando desde o inicial atendimento ambulatorial até procedimentos cirúrgicos e tratamentos mais complexos.³⁹¹

Na realidade, a noção de integralidade para os juízes e Tribunais está muito arraigada com a mencionada e equivocada visão dos medicamentos como bens de consumo. Trata-se de uma ideia distorcida se tomada em consideração a noção de integralidade para o Sistema Único de Saúde – SUS. Como bem assinala Fabiola Sulpino Vieira:

No SUS, o sentido de integralidade constitui ponto pacífico. Significa empregar os meios necessários para a efetivação do cuidado: como atendimento médico, exame, internação, tratamento, entre outros. Implica dispor tipos diferentes desses meios segundo o grau de complexidade da atenção à saúde, ou seja, exames para a atenção básica, para a média e alta complexidade; da mesma forma os medicamentos: uso ambulatorial e na atenção hospitalar.³⁹²

São infundáveis as decisões judiciais que determinam o fornecimento dos mais diversos fármacos aos pacientes sem levar em consideração a Política Nacional de Medicamentos – PNM e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF.³⁹³ Muitas delas – além de determinarem a entrega de medicamentos não constantes das listas públicas – acabam por ordenar ao Estado o fornecimento de medicamentos experimentais de alto custo sequer aprovados no Brasil pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Já outras delas – e aqui se cita o caso emblemático do Agravo de Instrumento n. 1997.000511-3, julgado pelo egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob a relatoria do Desembargador Sérgio Paladino – determinam ao poder público o pagamento de tratamentos médicos (inclusive experimentais) em outros países. Na oportunidade, sob o manto do direito fundamental à saúde consagrado na Constituição Federal, foi mantida a concessão de medida liminar de primeiro grau de jurisdição que

³⁹¹ AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 357.

³⁹² VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 42, n. 2, abr. 2008. p. 2.

³⁹³ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 42, n. 2, abr. 2008. p. 4.

determinava ao Estado de Santa Catarina o depósito de R\$ 178.000,00 (cento e setenta e oito mil reais) na conta corrente de titularidade do pai de uma criança acometida de doença genética degenerativa do sistema muscular conhecida como Distrofia Muscular de *Duchene*. Tal montante seria utilizado para pagamento de tratamento médico experimental de transplante de células em uma clínica particular sediada no Estado de Memphis, nos Estados Unidos da América.

Decisões desse jaez baseiam-se na equivocada concepção de um direito individual à saúde ilimitado, irrestrito e incondicionado ³⁹⁴ – além de descortinar um aspecto subjetivo do julgador: a dificuldade do juiz em dizer não a uma pessoa com rosto que lhe pede uma ordem judicial que talvez possa evitar sua morte, dar-lhe um período de sobrevida ou mesmo melhorar as suas condições de vida.

Segundo Ana Paula de Barcellos:

A primeira dificuldade diz respeito à atuação do juiz e suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao juízo uma prestação de saúde – não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ela pode mesmo vir a falecer – é percebido de forma inteiramente etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos a fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica. ³⁹⁵

Tal dificuldade também é reconhecida por Gustavo Amaral ao anotar que “os magistrados viam-se na difícil situação de se confrontarem com a possibilidade de negar remédios indispensáveis à sobrevida não de ‘alguém’, mas de uma pessoa com nome, sobrenome, identidade e inscrição no cadastro de pessoas físicas”. ³⁹⁶ Nenhum magistrado quer ser o responsável pela morte ou encurtamento da sobrevida de outro ser humano, especialmente quando essa pessoa se apresenta em juízo com um rosto e uma identidade.

Para o magistrado é muito mais fácil e descomplicado se deixar levar pelo calor e vivacidade das alegações do paciente em sua petição inicial e pelo forte argumento

³⁹⁴ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Direito à saúde e critérios de aplicação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 247.

³⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 305-8.

³⁹⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 10.

do direito ilimitado, irrestrito e incondicionado do direito à vida e à saúde que pelos frios argumentos do poder público. É bem mais tranquilo e confortante para o julgador conceder tutela à pretensão do paciente que busca uma determinação judicial para o fornecimento do medicamento. Para tanto, basta ao magistrado analisar exclusivamente o caso concreto dos autos, o qual, considerado em sua individualidade, certamente não extrapolará os recursos públicos destinados à saúde.³⁹⁷

Como possível causa da excessiva judicialização e do ativismo judicial na área de saúde e fornecimento de medicamentos também se pode citar a despreocupação dos juízes e Tribunais pátrios com a universalização das decisões judiciais concessivas. Poucos são os magistrados que se indagam sobre a possibilidade de extensão da decisão concessiva de um fármaco de alto custo numa demanda individual a todos os pacientes que se encontrarem na mesma situação fática, o que se afigura preocupante.

Por fim, urge enfatizar o efeito multiplicador produzido pela prolação de decisões concessivas de fármacos, de modo que o reconhecimento do direito subjetivo em determinada demanda individual serve de estímulo a que outras pessoas batam às portas do Poder Judiciário com o desiderato de verem suas necessidades atendidas.³⁹⁸

2.2.2 Os efeitos essencialmente negativos desses fenômenos

Toda essa sorte de fatores desembocou em excessiva judicialização e, por vezes, em ativismo judicial, com a multiplicação de demandas judiciais individuais – em que cidadãos brasileiros –, sob a bandeira da ofensa aos direitos fundamentais à saúde, à vida e à própria dignidade da pessoa humana, batem às portas do Poder Judiciário, encarregado de realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do direito à saúde, perseguindo, para si e individualmente, a prolação de decisão judicial cominatória, compelindo o Poder Público, nas esferas Federal, Estadual e/ou Municipal, a lhes fornecer gratuitamente medicamentos, sob as mais variadas hipóteses fáticas.

É certo que há algumas vantagens nesses fenômenos, podendo serem citadas: a) o estímulo à concretização do direito social insculpido no art. 6.º da

³⁹⁷ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 80.

³⁹⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 10-11.

Constituição Federal; b) o desestímulo ao mau funcionamento do Poder Legislativo e do Executivo; c) a coibição do esvaziamento de investimentos na área de saúde e o respeito às regras previstas no art. 198 da Carta Fundamental; e d) a maior dificuldade da ocorrência de retrocesso social.³⁹⁹

Todavia, a excessiva judicialização e o ativismo judicial nessa matéria estão longe de representar a solução do problema. Pelo contrário, como se passará a ver, tais fenômenos contribuem para a sua multiplicação.⁴⁰⁰ É inegável que a proliferação das demandas judiciais individuais está causando sérios impactos à política social de saúde brasileira. Efetivamente, o sistema de saúde “começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”.⁴⁰¹

O estado aflitivo em que se encontra o Sistema Único de Saúde – SUS no que toca ao fornecimento de fármacos em virtude de decisões judiciais desarrazoadas é bem sintetizado pelo Secretário de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul. Em suas palavras:

Isso se deve, primeiro, a uma série de medicamentos que o Estado está sendo obrigado a dar, por decisões judiciais, medicamentos que não são registrados no País, que não são registrados pela ANVISA. Medicamentos que não têm efeito garantido, embora tenha na receita do profissional, e o juiz manda dar o medicamento porque tem na receita, e ao juiz não cabe decidir se aquele remédio está correto ou não, o juiz não é obrigado e nem deve entender disso, ele apenas dá o seu parecer procurando preservar a vida do cliente.

[...] nós estamos receitando medicamentos com preços absurdos, nós estamos sendo obrigados a dar medicamentos que comprovadamente não fazem efeito. Somos obrigados a dar medicamentos experimentais, o que é um absurdo, quer dizer, o laboratório incluiu no preço astronômico que cobra do medicamento o que ele gasta com pesquisa. E, no entanto, o Estado está sendo obrigado a financiar a pesquisa do laboratório.⁴⁰²

São incontáveis os efeitos negativos da judicialização excessiva e do ativismo judicial no que pertine ao fornecimento de fármacos. O casuísmo jurisprudencial

³⁹⁹ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 87-8.

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. À guisa de prefácio: A revolução copernicana do (e no) direito à saúde. In: LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. XXIV.

⁴⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309.

⁴⁰² TERRA, Osmar Gasparini. [out. 2005]. Entrevistador: Luiz Gustavo Lovato. A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. 1. ed. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 130.

brasileiro – com a prolação de decisões e sentenças extravagantes ou emocionais – que importam na determinação de concessão irrazoável de medicamentos pela Administração Pública, seja porque inacessíveis, destituídos de essencialidade, experimentais ou de eficácia duvidosa ou, ainda, por não possuírem o devido registro junto à Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa, causa verdadeira desorganização da Política Nacional de Medicamentos – PNM e da Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF.^{403 404}

O Poder Judiciário, ao determinar a concessão de medicamentos em demandas individuais a cidadãos determinados, sem levar em consideração as políticas públicas instituídas pelos demais poderes constituídos e o orçamento público disponível, pratica a chamada microjustiça. Com isso, afeta de sobremaneira a denominada macrojustiça, esta representada pelos efeitos benéficos de desenvolvimento que deveriam ser gerados pelas políticas públicas do setor de um modo planejado e coerente com o interesse de todos os membros da sociedade.⁴⁰⁵

Como bem coloca Ana Paula de Barcellos,

[...] o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de microjustiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macrojustiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.⁴⁰⁶

O ideal de uma política pública é a realização de objetivos definidos, os quais decorrem de uma escolha racional de prioridades, da reserva de meios necessários à sua execução e do planejamento de tempo em que se espera a consecução dos resultados.

⁴⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 310.

⁴⁰⁴ SOARES, Hector Cury. *O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos e políticas públicas: tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7748>. Acesso em: 10/12/2010.

⁴⁰⁵ MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 88.

⁴⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: *Revista de direito do Estado*, n. 3, 2006.

⁴⁰⁷ A judicialização excessiva da política pública de fornecimento de medicamentos e o ativismo judicial nessa área importam no deslocamento desse processo de escolha racional de prioridades e de reserva dos meios, os quais são os pilares de edificação de qualquer política pública. ⁴⁰⁸ Isso se dá porque se passa da análise global de planejamento de prioridades e escolha de meios realizada pelo Poder Legislativo e Executivo para uma análise isolada em cada demanda judicial, cuja perspectiva não é pública, mas essencialmente individual. ⁴⁰⁹

Esse impacto negativo é bem enaltecido por Luís Roberto Barroso, quando pontua que tais excessos ou inconsistências não são apenas problemáticos por si próprios, na medida em que “põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”. ⁴¹⁰

No mesmo trilho é o entendimento de Hórtis Aparecido de Souza, José Sebastião dos Santos e Julieta Ueta,

[...] a crescente ocorrência de demandas judiciais visando a obtenção de produtos e serviços de saúde vem causando sérios entraves para a gestão da saúde pública, com o comprometimento dos recursos orçamentários e a desestruturação das políticas de atendimento à saúde da população. ⁴¹¹

Essa distorção da política pública de saúde e do próprio Sistema Único de Saúde – SUS também é objeto de análise e constatação em estudo desenvolvido por Fabíola Sulpino Vieira e Paola Zucchi. ⁴¹²

⁴⁰⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

⁴⁰⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

⁴⁰⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 310.

⁴¹¹ SOUZA, Hórtis Aparecido de; SANTOS, José Sebastião dos; e UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 163.

⁴¹² VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, abr. 2007.

Para exemplificar a questão, pode-se considerar uma situação hipotética, envolvendo o conhecido caso do fornecimento judicial do interferon peguilado aos pacientes portadores de hepatite viral crônica C no Brasil – medicamento esse cujo fornecimento é constantemente determinado pelo Poder Judiciário em demandas individualmente ajuizadas.

O Brasil possui atualmente uma estimativa de 1.867.706 (um milhão, oitocentos e sessenta e sete mil e setecentos e seis) pessoas com o vírus da hepatite C. Levando-se em consideração que seja determinado ao Sistema Único de Saúde – SUS, pelo Poder Judiciário, o fornecimento do interferon peguilado a 25% (vinte e cinco por cento) dessas pessoas, bem como, considerando as dosagens do medicamento, o tempo de tratamento da doença e o preço de cada seringa, que é de aproximadamente R\$ 1.107,49 (mil, cento e sete reais e quarenta e nove centavos), chegar-se-ia a um custo estimado de 24,8 (vinte e quatro vírgula oito) bilhões de reais, o que seria responsável por 64% (sessenta e quatro por cento) dos recursos empregados pelo Ministério da Saúde no ano de 2006. Nesse cenário, desembolsar-se-ia quase 2/3 (dois terços) do orçamento da União para a oferta de um único medicamento farmacêutico para o tratamento de tão-somente 0,25% (vinte e cinco décimos) da população.⁴¹³

Levados aos extremos, os fenômenos podem causar até mesmo sério impedimento à implementação das políticas públicas dirigidas à promoção e proteção da saúde pública, na medida em que se verifica a canalização, pela via judicial, dos já escassos recursos públicos, para a exclusiva e dispendiosa área da recuperação da saúde. Isso, a toda evidência, pode levar, em casos limítrofes, à própria não realização da Constituição Federal, já que ela própria garante expressamente a adoção de ações de promoção e proteção da saúde.^{414 415}

Um exemplo prático dado pelo Secretário de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul talvez possa deixar mais claro o que se está a dizer a respeito do prejuízo causado pela atuação judicial à implementação das ações e serviços de promoção e

⁴¹³ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 42, n. 2, abr. 2008. p. 3.

⁴¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 310.

⁴¹⁵ SOARES, Hector Cury. *O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos e políticas públicas: tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7748>. Acesso em: 10/12/2010.

proteção à saúde. Da entrevista concedida pela referida autoridade pública do ente federativo gaúcho se extrai:

Hoje, no Estado do Rio Grande do Sul, nós temos que abrir mão de muitos programas na área de saúde pra poder garantir a compra de medicamentos. E programas que atingem um número muito maior de pessoas, que previnem doenças. E hoje, infelizmente, nós somos obrigados a fazer isso para garantir que as pessoas não fiquem sem medicamentos.

[...]

Nós vamos, este ano [2005], gastar R\$ 150.000.000 (cento e cinquenta milhões de reais) com os medicamentos excepcionais para atender 100.000 (cem mil) pessoas. Isso é 0,9% da população do Rio Grande do Sul.

Nós não vamos ter como gastar, se nós vamos gastar R\$ 150.000.000 com esses medicamentos, para o Programa Saúde da Família, nós vamos ter vinte e poucos milhões. Um programa que atende dez milhões de gaúchos vai atender, pelo menos este ano, quatro a cinco milhões de gaúchos em casa. Então, começa uma desproporção muito grande, se continuar essa tendência, dentro de cinco anos todo o orçamento da Secretaria de Saúde vai ser só para comprar os medicamentos excepcionais. Não vai se ter recurso para fazer mais nada.⁴¹⁶

Esse cenário também é responsável não só pela violação da norma constitucional prevista no art. 196, que assegura o acesso universal igualitário às ações e serviços de saúde, como também, do próprio direito fundamental à igualdade assegurado pelo *caput* do art. 5.º da Constituição brasileira e do princípio da impessoalidade consagrado no *caput* do art. 37 da Carta Fundamental. Do princípio da impessoalidade – que na realidade é o próprio princípio da igualdade ou isonomia aplicado à Administração Pública – se extrai a orientação de que o poder público “tem que trabalhar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas”.⁴¹⁷

Com efeito, o acesso às ações e serviços de saúde, por imperativa norma constitucional, deve ser garantido a todas as pessoas que buscam diagnóstico e tratamento nos serviços de saúde do Sistema Único de Saúde – SUS (e não apenas àquelas pessoas que buscam o Poder Judiciário com vistas à obtenção de uma decisão judicial concessiva).

⁴¹⁸ E – como já decidiu o Supremo Tribunal Federal –, o princípio da igualdade ou da

⁴¹⁶ TERRA, Osmar Gasparini. [out. 2005]. Entrevistador: Luiz Gustavo Lovato. A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. 1. ed. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 130-1.

⁴¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 114.

⁴¹⁸ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 42, n. 2, abr. 2008. p. 4.

impessoalidade não é só aplicável ao Executivo e ao Legislativo, como também, e que se afigura de grande importância, ao Poder Judiciário.⁴¹⁹

O que vem ocorrendo hodiernamente em nosso país é um fenômeno bastante curioso: dá-se o medicamento àquele que possui mais acesso à informação, maior acesso à justiça e melhores condições financeiras de prover o pagamento de um imprescindível advogado em detrimento daquela pessoa mais necessitada e com piores condições culturais e econômicas.⁴²⁰ Destaque-se, ainda, que existe importante diferença entre aquelas pessoas que podem ir à juízo em relação àquelas que querem ir a juízo: “trata-se, na verdade, de diferenciar e [...] proteger aquele que possui condições econômicas e financeiras de estar em juízo (contratar advogado e pagar despesas) em detrimento daquele que não pode estar em juízo, apesar de querer e necessitar”.

A problemática é bem ilustrada por Luís Roberto Barroso ao fazer constar:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade do Poder Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres.⁴²¹

Compartilha desse entendimento Ricardo Lobo Torres, para quem:

A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países.

[...]

Além disso, as decisões casuísticas agravam as desigualdades entre as pessoas. No Brasil assiste-se à predação da renda pública pela classe média e pelos ricos, especialmente nos casos de remédios estrangeiros, com o risco de se criar um impasse institucional entre o Judiciário e os poderes políticos, se prevalecer a retórica dos direitos individuais para os sociais.⁴²²

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2472-8, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 11/11/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14/12/2010.

⁴²⁰ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 42, n. 2, abr. 2008. p. 4.

⁴²¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 328.

⁴²² TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 129 e 143.

Não há, pois, como se defender o ingresso em juízo como critério de discriminação válido para dar efetividade aos princípios constitucionais da igualdade (inclusive em seu viés material) e da impessoalidade.⁴²³ Na realidade, isso apenas tem o condão de privilegiar uma minoria a um custo muito elevado: o do escancarado prejuízo da grande maioria da população brasileira.⁴²⁴

Tal proceder – além de representar afronta direta ao art. 196 e ao *caput* do art. 37 da Lei Fundamental –, também conduz a verdadeiro afastamento de um dos objetivos fundamentais traçados pela Constituição para a República Federativa do Brasil, qual seja: a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como, a redução das desigualdades sociais e regionais (CRFB, art. 3.º, inc. III).

Finalmente, podem ser apontados outros dois efeitos negativos da excessiva judicialização e do ativismo judicial no que concerne ao fornecimento de medicamentos em virtude de ordens judiciais – os quais dizem respeito à perda do poder de compra do Estado⁴²⁵ e a não realização de processo licitatório para a aquisição dos fármacos. Como é consabido, as regras e princípios que norteiam o regime jurídico-administrativo da Administração Pública lhes impõe, como regra, o dever de licitar. Esse dever, no entanto, fica prejudicado nos casos em que há ordens judiciais cominatórias, que obrigam os entes federativos a proceder a entrega de fármacos aos pacientes-litigantes.

Nos casos de decisões determinativas de entrega de medicamentos não padronizados e não incluídos nas listas públicas do Sistema Único de Saúde – SUS, há necessidade de urgente aquisição do fármaco junto à iniciativa privada, notadamente porque, em regra, há exiguidade no prazo judicial concedido para o cumprimento da decisão. Isso acaba forçando a Administração Pública a dispensar ou inexigir o processo licitatório para a aquisição dos medicamentos, o que por certo descortina um sério dano ao interesse público, na medida em que não há certeza de que a compra do produto é precedida de ampla concorrência de preços.

Some-se a isso o fato de que a não realização de processo licitatório abre brechas e pode dar ensejo à prática de atos fraudulentos e de improbidade administrativa,

⁴²³ LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 316.

⁴²⁴ GANDINI, João Agnaldo Donizete; BARIONE, Samantha Ferreira; e SOUZA, André Evangelista. Judicialização do direitos à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 271.

⁴²⁵ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 42, n. 2, abr. 2008. p. 4.

já que se incrementam as oportunidades para a prática de superfaturamento de preços com dano ao erário, direcionamento da compra em benefício de certos e determinados particulares e enriquecimento ilícito.

Superado, ao cabo deste segundo capítulo, o aprofundado exame do direito fundamental à saúde e dos fenômenos respeitantes ao ativismo judicial e à excessiva judicialização das políticas públicas de fornecimento de medicamentos, notadamente nas demandas individuais, passa-se, a partir de agora, no terceiro e derradeiro capítulo, a discorrer sobre alguns contrapontos para, ao final, formular, mediante resgate da fundamentação teórica desenvolvida nos capítulos anteriores, propostas parametrizantes para o atendimento do direito prestacional relativo ao fornecimento de fármacos.

3. CONTRAPONTO NECESSÁRIOS À EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E A FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS PARAMETRIZANTES PARA O ATENDIMENTO DESSE DIREITO PRESTACIONAL

3.1 CONTRAPONTO NECESSÁRIOS À EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTOS DE MEDICAMENTOS

Toda essa problematização respeitante à excessiva judicialização e ao ativismo judicial em matéria de direito fundamental à saúde e dispensa de fármacos não pode passar ao largo de alguns contrapontos ou reflexões de curial importância para a construção de critérios parametrizantes para a atuação judicial nessa seara, a começar pela questão atinente à legitimidade democrática do Poder Judiciário.

O pensar em democracia logo nos remete à concepção de Abraham Lincoln. Para o estadista norte-americano, o regime político democrático é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. E – na feliz definição de José Afonso da Silva –, a democracia “é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”.⁴²⁶ No caso brasileiro, o caráter democrático é bem explicitado no parágrafo único do art. 1.º da Constituição da República de 1988, ao prever que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, na forma desta Constituição”.⁴²⁷

Como decorrência lógica, conclui-se que o poder político é da maioria do povo. É essa maioria que, em intervalos periódicos, se manifesta por meio do voto e elege seus representantes, tanto para o Poder Executivo quanto para o Poder Legislativo. Trata-se do chamado governo da maioria, que “se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança, etc”.⁴²⁸

⁴²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 130.

⁴²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Leticia de

Logo, surge uma questão de relevante importância. Indagação pontual é colocada por Lênio Luiz Streck, quando se pergunta se “é possível que juízes (constitucionais ou não), não eleitos pelo voto popular, possam controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito?”.⁴²⁹ No mesmo trilho segue o entendimento de Roberto Gargarella, que se pergunta como, em uma democracia, juízes não eleitos pelo povo e sem representatividade popular podem declarar inválida uma lei aprovada pelos representantes do povo.⁴³⁰ Mais especificamente, no que tange às políticas públicas, urge trazer à baila o questionamento lançado por Luís Roberto Barroso: “[...] podem os juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas?”.⁴³¹

A questão é saber, nessa linha de raciocínio, e no que respeita às políticas públicas de saúde e de fornecimento de medicamentos, se a jurisdição constitucional pode atuar de forma contramajoritária (de forma contrária à maioria). Por certo que o debate dessa questão é relativizado em vários países, dentre os quais os Estados Unidos da América, em que há caráter democrático na formação da base do Poder Judiciário (os juízes são eleitos). Todavia, na República Federativa do Brasil, onde há realização de concurso público e nomeação para preenchimento dos cargos de juízes, a discussão toma corpo.

A problematização é reconhecida por Dirley da Cunha Jr quando acentua que “um dos maiores óbices ao reconhecimento da criação judicial do Direito é a invocada falta de legitimidade democrática dos juízes, que não são eleitos nem representam, conseqüentemente, a vontade popular”.⁴³²

Os defensores da impossibilidade da atuação da jurisdição constitucional em desfavor do princípio da maioria sustentam a tese de que isso pode causar aquilo que se denominou de risco democrático. Por certo que a atuação da jurisdição constitucional não

Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 316.

⁴²⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 102.

⁴³⁰ GARGARELA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. p. 12.

⁴³¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 316.

⁴³² CUNHA J.R, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 393.

está imune de causar abalo ao princípio democrático. Se a atuação for inadequada do ponto de vista constitucional, poderá haver um verdadeiro entrave ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Nessa hipótese, a jurisdição constitucional, ao invés de realizar seu papel de proteção da democracia, acabaria por afetá-la (haveria então um paradoxo).

433

Parece claro, no entanto, que esse problema não pode ser solucionado com a supressão ou em prejuízo da jurisdição constitucional.⁴³⁴ Faz-se imprescindível, apenas, realizar um esforço para que o equilíbrio do sistema seja preservado, evitando-se, com isso, disfunções.⁴³⁵ É inconcebível a colocação de dúvidas quanto à legitimidade da jurisdição constitucional. Isso porque, como já se teve oportunidade de salientar, a jurisdição constitucional é um dos próprios elementos da definição do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil.⁴³⁶ Como acentua a doutrina, “a justiça constitucional é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”.⁴³⁷

Em suma: O Estado Democrático de Direito não sobrevive sem a jurisdição constitucional. Ela, a jurisdição constitucional, é nota essencial ao regime democrático e à garantia dos direitos fundamentais. Os poderes constituídos, antes de tudo, se submetem à Constituição. É essa Constituição que garante legitimidade à atuação da jurisdição constitucional, já que ela representa verdadeira imunização contra as maiorias – nas hipóteses em que elas agem contra os direitos fundamentais ou as minorias.

A democracia não pode ser vista apenas como mero governo da maioria (deve sim respeitar os direitos das minorias). Como adverte Lênio Luiz Streck, “Se se compreendesse a democracia como prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático”.⁴³⁸ Isso porque o constitucionalismo

⁴³³ CUNHA J.R., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 394.

⁴³⁴ CUNHA J.R., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 394.

⁴³⁵ CUNHA J.R., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 394.

⁴³⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 103.

⁴³⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 102.

⁴³⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 18.

“subtrai’ da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários”.⁴³⁹

O papel da jurisdição constitucional, nesse diapasão, é o de garantir os direitos fundamentais, as minorias, a democracia e a Carta Fundamental. Isso porque, como salienta Luís Roberto Barroso, é possível (e não é incomum) acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais.⁴⁴⁰ Esse receio também é frisado por Jeremy Waldron, ao afirmar:

O receio mais comumente expresso sobre a autoridade legislativa irrestrita é o de que minorias ou indivíduos possam sofrer opressão em relação à maioria. Eles podem ser oprimidos, ou sofrer discriminação, ou ter seus direitos negados e violados em comparação aos daqueles da maioria, ou seus interesses podem ser indevidamente subordinados àqueles dos membros da maioria (por exemplo, prejudicados ou negligenciados de uma maneira que a justiça condena).⁴⁴¹

Parece evidente, por força da própria noção de supremacia constitucional, que há nítida prevalência da vontade do povo, consubstanciada na Constituição da República, em relação à pretensa vontade dos eleitores contida na legislação ordinária votada pelo Poder Legislativo – quando esta não apresentar a necessária adequação às normas constitucionais.⁴⁴²

Com apoio em Bruce Ackerman⁴⁴³, defensor da teoria dualista da democracia, é possível afirmar que há uma clara dissonância entre as decisões tomadas pela Assembleia Constituinte, quando da elaboração da Carta Fundamental, e as decisões políticas tomadas pelo Legislativo. Ao agir de forma contrária à legislação ordinária, a jurisdição constitucional atua como garantidora das decisões tomadas por ocasião da Constituinte (as quais são dotadas de maior legitimidade). Esse atuar é, por assim dizer, traço característico da democracia.

⁴³⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 18.

⁴⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 316.

⁴⁴¹ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Tradução de Geraldo de Carvalho. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 146.

⁴⁴² TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense, 1991. p. 375.

⁴⁴³ ACKERMAN, Bruce. *¿Un neofederalismo?* In: ELSTER, Jon. *Constitucionalismo y democracia*. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 664.

O Estado Democrático de Direito não é um ente hermeticamente dissociado do povo. Ele é prévio, faz parte do modo de ser e condiciona o nosso agir. Dentro dessa concepção prévia de legitimidade democrática é que age o Poder Judiciário, na qualidade de poder constituído encarregado da efetivação das políticas públicas.⁴⁴⁴ Na lição da doutrina: “o Estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente (círculo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais e democracia) desse modelo de Estado de Direito”.⁴⁴⁵

Logo, retornando à indagação outrora formulada, pode-se dizer que o Judiciário poderá sim interferir com as deliberações dos órgãos que representam a maioria política. A legitimidade da atuação da jurisdição constitucional é fulcrada, portanto, no próprio caráter existencial do Estado Democrático de Direito, forma estatal essa baseada no modo de ser das democracias cunhadas no segundo pós-guerra.⁴⁴⁶ Porém, a condição para que isso se dê de forma legítima é a de que a manifestação de vontade não seja pura e simplesmente do próprio julgador. A vontade da jurisdição constitucional na esfera contramajoritária deve se dar, antes de tudo, sob condução dos preceitos da Constituição.⁴⁴⁷

O atuar da jurisdição constitucional não pode se converter em um ativismo judicial desmedido como por vezes verificável em matéria de direito à saúde e fornecimento de medicamentos, sob pena de incorrer no chamado risco democrático. Como bem reconhece Luiz Lênio Streck, “esse talvez seja o grande desafio no âmbito da concretização judicial do direito à saúde: como evitar o ativismo judicial que, longe de resolver problemas, acaba por multiplicá-los”.⁴⁴⁸

É imperioso, pois, o correto e adequado emprego da Constituição. O Estado Democrático de Direito requer a superação do subjetivismo solipsista pelo intersubjetivismo, porquanto toda pessoa tem direito a uma resposta adequada com base na

⁴⁴⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 113.

⁴⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 113.

⁴⁴⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 114.

⁴⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 316.

⁴⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. À guisa de prefácio: A revolução copernicana do (e no) direito à saúde. In: LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. xxiv.

Constituição e de forma alguma pode ela depender do bom Juiz ou do bom Promotor. Ninguém é refém da vontade individual de cada autoridade.

Em síntese, desde que exercido dentro dos limites jurídicos, não há que se falar que a atuação da jurisdição constitucional se constitui em ofensa à democracia. Pelo contrário, a jurisdição constitucional, exercida de forma adequada e distanciada do ativismo judicial inconsequente, notadamente no âmbito do direito à saúde e dispensa de fármacos, constitui-se em verdadeira condição do Estado Democrático de Direito e contribui – sem sombra de dúvida – para o fortalecimento da democracia.

Outro ponto de reflexão digno de nota relaciona-se com o custo do direito social relativo ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado e o exercício das escolhas alocativas em matéria de saúde pública. Esse direito subjetivo prestacional, como um típico direito social de segunda geração, custa dinheiro – e não é pouco. Como bem pondera Rogério Gesta Leal, “é preciso levar em conta que todo o exercício de direito social como a saúde, em tese, custa dinheiro – e não é pouco em nenhuma parte do mundo”.⁴⁴⁹ É fácil visualizar que de um lado se põe uma infinidade de demandas sociais; e de outro se coloca a questão atinente à limitação dos recursos orçamentários.⁴⁵⁰

Na tentativa de equilibrar essa balança surgiu a teoria da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) – a qual, segundo Ricardo Lobo Torres, fora cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) por ocasião da análise da possibilidade do Poder Judiciário vir a determinar a criação de vagas na Faculdade de Medicina, em virtude da existência de candidatos habilitados mas não classificados no exame vestibular.⁴⁵¹

Oportuno mencionar que a teoria da reserva do possível deve ser aqui compreendida em sua essência alemã, porquanto é possível afirmar que tal expressão perdeu o seu sentido original ao aportar em terras brasileiras. Como bem pontua Ricardo Lobo Torres⁴⁵², houve uma verdadeira desinterpretação dessa expressão em território brasileiro, passando ela a ser entendida como reserva fática. Isto é: passou-se a entender no Brasil que a possibilidade de adjudicação dos direitos sociais prestacionais somente seria possível nos casos em que houvesse disponibilidade financeira no caixa da Administração

⁴⁴⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83.

⁴⁵⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 43.

⁴⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 103.

⁴⁵² TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 110.

Pública, ainda que o dinheiro tivesse sido disponibilizado pelo orçamento para o atendimento de outra finalidade. E – como o dinheiro público é inesgotável –, passaram os Tribunais a decidir pela permanente possibilidade fática da garantia desses direitos, inclusive via sequestro de rendas públicas.

Deve-se, então, afastar-se dessa errônea concepção para tomar-se a expressão reserva do possível em sua veia originária: como equivalente de reserva democrática. É curial entender que a reserva do possível significa ter em mira que “as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária do legislador”.⁴⁵³ Ou seja: é preciso entender que a efetividade dos direitos fundamentais sociais perpassa por um processo democrático de concessão, cujo desenrolar se dá precipuamente pela via legislativa (e pela via executiva em segundo plano).

José Joaquim Gomes Canotilho, com supedâneo na teoria da reserva do possível e após remodelação de seu entendimento inicial acerca do tema, concluiu que os direitos sociais possuem quatro características inequívocas: a) apresentam realização gradual; b) dependem de forma relativa do orçamento do Estado; c) as políticas de realização desses direitos decorrem de certa liberdade de conformação do legislador; e d) impossibilidade de controle judicial dos programas políticos-legislativos de promoção dos direitos sociais – salvo quando inconstitucionais ou manifestamente desarrazoados.⁴⁵⁴

É certo que “o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde [...]”.⁴⁵⁵ Entretanto, isso não significa necessário afastamento das proposições dadas pelo renomado constitucionalista lusitano. É imperativo, quando da análise da temática envolvendo o direito à saúde, ter em mente as características da teoria da reserva do possível enunciadas pelo citado jurista. O reconhecimento delas, ao contrário do que se possa imaginar, “não significa aceitação acrítica de alguns ‘dogmas’ contra os direitos sociais”.⁴⁵⁶

⁴⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 105.

⁴⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e os “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo; RT; Coimbra: Coimbra editora, 2008. p. 108.

⁴⁵⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83.

⁴⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e os “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo; RT; Coimbra: Coimbra editora, 2008. p. 108.

Há que se ter em foco o fato de que existe e sempre existirá escassez de recursos para a efetivação dos direitos sociais – notadamente do direito à saúde e do fornecimento de fármacos. Nenhuma disposição constitucional ou infraconstitucional consegue alterar a realidade econômica da nação de forma imediata, de modo que é preciso reconhecer que não há como se assegurar a fruição de direitos sociais ilimitados indistintamente por toda a população. Se isso já se afigura impossível nos países desenvolvidos, quem dirá nos chamados países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro.

E, se há escassez de recursos, surge um conflito específico bem delimitado por Rogério Gesta Leal ⁴⁵⁷: o conflito por prestações positivas. Para dar cabo desse conflito, há necessidade de tomada de decisões disjuntivas ou alocativas que importam em escolhas trágicas. Diz-se que tais decisões representam escolhas trágicas porque podem e não raras vezes importam na negação de direitos que podem acarretar – em especial em matéria de direito à saúde – angústia, dor, sofrimento e até mesmo a morte de seres humanos. ⁴⁵⁸

Como bem coloca Eduardo Appio:

Qualquer medida judicial que venha a impor uma obrigação específica, vinculada a um caso concreto – como, por exemplo, a aquisição de um medicamento de alto custo pelo sistema público de saúde – implicará a realocação de verbas alocadas de acordo com os critérios do administrador. A vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos, porque o custo dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado pelo Congresso. ⁴⁵⁹

São, pois, decisões complexas, que podem conduzir a novas formas de ameaças (cada escolha alocativa traz ínsita uma cadeia de ações e reações). ⁴⁶⁰ Justamente por isso (por se tratar de escolhas trágicas) é que o espaço de deliberação deve ser o mais democrático possível, na medida em que há necessidade de uma prestação de contas à

⁴⁵⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 105.

⁴⁵⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 17.

⁴⁵⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 81.

⁴⁵⁹ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 187.

⁴⁶⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 17.

⁴⁶⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 82-3.

sociedade, que deve saber porque os recursos foram empregados para o atendimento de determinada situação em prejuízo de outra.⁴⁶¹

No que concerne à competência e legitimidade para a tomada das decisões disjuntivas ou alocativas que importem em escolhas trágicas, mister trazer à baila a reflexão de Rogério Gesta Leal:

Neste ponto, a advertência de Daniel Sarmento, ao questionar quem tem competência e legitimidade (política e jurídica) para decidir o que é mais importante à sociedade: *Melhorar a merenda escolar ou ampliar o número de leitos na rede pública? Estender o saneamento básico para comunidades carentes ou adquirir medicamentos de última geração para o tratamento de alguma doença rara? Aumentar o valor do salário mínimo ou expandir o programa de habitação popular?*

[...] A questão aqui é: Quem vai valorar, e com base em que elementos, e com que legitimidade em face de todas as variáveis que se tem considerado, onde a aplicação dos recursos públicos está equivocada? O Judiciário?⁴⁶²

Essa alocação de recursos financeiros envolve precipuamente decisões respeitantes a quanto disponibilizar e a quem atender. Como inexiste um critério único para nortear essas decisões, forçoso concluir que elas tendem a ser políticas e locais, daí porque devem ser feitas pelo Poder Executivo e pelo Legislativo através do orçamento e das políticas públicas (e por certo não pelo Poder Judiciário em demandas individualmente ajuizadas).⁴⁶³

Segundo Gustavo Amaral:

[...] os intérpretes por excelência da dimensão positiva dos direitos fundamentais são o legislativo e o executivo. A alocação de recursos escassos faz-se primeiramente com o orçamento, com políticas públicas.

[...] não há um critério único que possa ser empregado para todas as decisões a serem tomadas. Há, sim, um leque de critérios e considerações que podem ser utilizados e combinados entre si. Essa característica dá à decisão teor nitidamente discricionário e político, devendo ser sindicável enquanto decisão política. O controle político se dá pelo voto popular e pela atuação da sociedade civil organizada.

[...]

⁴⁶¹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 17.

⁴⁶² LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 105-6.

⁴⁶³ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 17.

⁴⁶³ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 95.

Os atores principais das decisões alocativas são o Executivo e o Legislativo.⁴⁶⁴

Nessa mesma linha é a argumentação de Ricardo Lobo Torres:

O grande problema da judicialização dos direitos sociais consiste em seu caráter antidemocrático, eis que tais direitos se afirmam na via das eleições e das escolhas trágicas dos partidos políticos em torno de políticas públicas. As Cortes Constitucionais não podem agir contra as maiorias nas questões políticas, mas apenas nas decisões que afetam a jusfundamentalidade dos direitos.⁴⁶⁵

O Judiciário por certo não é o poder constituído mais indicado para deliberar sobre essas escolhas trágicas em demandas individuais, especialmente porque nesse tipo de demanda pratica-se a denominada microjustiça. Parece claro que os juízes – ao adotarem escolhas individuais racionais –, desembocam num verdadeiro buraco negro: o do resultado coletivo irracional.⁴⁶⁶

Um último ponto a ser destacado é a manifesta incapacidade técnica do Poder Judiciário para tratar da questão atinente à política pública de fornecimento de medicamentos. Embora existam exceções à regra – os juízes não são gestores públicos e não estão dotados de conhecimento técnico suficiente para dirimir assuntos ligados a políticas sociais e orçamentos públicos.

Na realidade, os juízes não são detentores de conhecimentos específicos necessários para a correta condução de políticas públicas de saúde e de medicamentos, nem tampouco sabem avaliar se determinado fármaco é realmente imprescindível para o tratamento do mal que acomete o paciente. Mesmo que a justiça possa contar com a valorosa prova pericial médica, a formação eminentemente jurídica certamente não lhe permitiria rivalizar com os demais poderes.⁴⁶⁷

Tais dificuldades – representadas pelos efeitos e contrapontos da excessiva judicialização e, por vezes, do ativismo judicial em matéria de política pública de

⁴⁶⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 114.

⁴⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 133.

⁴⁶⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 17.

⁴⁶⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 96-7.

⁴⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 329.

fornecimento de fármacos – devem ser levadas em consideração e, compreendidas em seu conjunto, denotam a necessidade de fixação de propostas parametrizantes aptas a orientar o enfrentamento da questão pelo Poder Judiciário.

Em verdade, é somente com o estabelecimento de alguns critérios nessa área que se conseguirá evitar um mal ainda maior: o colapso e a própria bancarrota do sistema público de saúde brasileiro.

É o que se passará a fazer.

3.2 O SOPESAMENTO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O COLETIVO À SAÚDE: A EXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL

No decorrer do primeiro capítulo exerceu-se detida análise da teoria dos princípios de Robert Alexy e acerca do tema respeitante à restrição dos direitos fundamentais. Como ficou assentado naquela oportunidade, parte-se da concepção de uma teoria externa dos direitos fundamentais, a qual trabalha com um sistema que se pode denominar de binário ou dual: o do direito e o da restrição. Dito em outras palavras, pode-se afirmar que a teoria externa bem distingue os direitos fundamentais das restrições que porventura lhe sejam impostas – de modo a haver, num primeiro momento, o direito fundamental considerado em si mesmo (o direito *prima facie*) e, posteriormente, o produto que resta da imposição da restrição (que nada mais é que o direito restringido).^{468 469}

Nessa linha argumentativa, toma-se o direito fundamental social à saúde como um direito *prima facie*⁴⁷⁰ ou uma norma da espécie princípio que deve ser encarada como um verdadeiro mandado de otimização. Tomado nesse viés, tal direito ordena que a saúde seja realizada na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.⁴⁷¹ Ou seja: o direito fundamental à saúde comporta distintos graus de

⁴⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 389.

⁴⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

⁴⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 138.

⁴⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

satisfação, os quais dependem não só das possibilidades fáticas como também das possibilidades jurídicas existentes.⁴⁷²

O direito fundamental à saúde – visto como uma norma com estrutura de princípio e um verdadeiro mandado de otimização –, possui uma tendência expansiva. Consequentemente, ele está sujeito a colisões com outros princípios.⁴⁷³ Poder-se-ia imaginar, num primeiro momento e com base em um entendimento açodado, que se estaria diante da colisão de princípios que contrapõem, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação dos poderes, o orçamento público e a reserva do possível.

Esse entendimento, no entanto, como bem coloca Luís Roberto Barroso⁴⁷⁴, é equivocado e está divorciado da realidade, na medida em que a colisão vivenciada é bem mais complexa e se liga, indissociavelmente, às chamadas decisões disjuntivas ou alocativas que importam em escolhas trágicas, colocando em jogo o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. No mesmo norte manifesta-se Eduardo Appio⁴⁷⁵: “Existe [...] um conflito direto entre o direito à vida de um cidadão, o qual busca através do Poder Judiciário a sua sobrevivência, e o direito à vida de outros cidadãos, os quais dependem do orçamento público para sobreviver”.

Deve-se ter como norte a ideia de que o direito fundamental à saúde não é um direito absoluto⁴⁷⁶, mas, pelo contrário, constitui-se em uma norma da espécie princípio que está sujeita a restrições em casos como o ora analisado, em que se contrapõem o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Tais restrições importam na imposição de cargas coativas ao direito fundamental à saúde – reduzindo o seu alcance *prima facie*.^{477 478}

Como já explanado anteriormente, tais restrições, em sentido formal, podem se dar de duas formas distintas: por regras ou por princípios. No primeiro caso é o próprio

⁴⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

⁴⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 50.

⁴⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 310.

⁴⁷⁵ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 184.

⁴⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 387-8.

⁴⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 391.

⁴⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281.

Poder Legislativo quem realiza o sopesamento entre os princípios de direitos fundamentais colidentes e dele extrai o resultado materializado na edição de uma lei com estrutura de regra.⁴⁷⁹ Na segunda hipótese, de forma diversa, não houve por parte do Poder Legislativo um prévio sopesamento dos princípios de direitos fundamentais colidentes, daí porque cabe ao Poder Judiciário realizá-lo.⁴⁸⁰

Sobreleva recordar que essas restrições podem ser diretamente constitucionais (nas hipóteses de existência de expressa disposição constitucional) ou indiretamente constitucionais (nas hipóteses da edição de lei infraconstitucional pelo Poder Legislativo e de prolação de sentença judicial pelo Poder Judiciário).⁴⁸¹

Na hipótese do direito à saúde, constata-se a existência de uma verdadeira restrição diretamente constitucional com estrutura de regra, a qual é operacionalizada por meio de uma cláusula restritiva expressa inserta no próprio art. 197 da Constituição Federal. Como se denota, referida norma constitucional contém expressa disposição dando conta de que o direito à saúde deve ser restringido por políticas sociais e econômicas.

Constata-se, pois, que o Constituinte, ao visualizar a colisão entre o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros, optou por restringir, no texto constitucional, o alcance do direito fundamental à saúde, explicitando que ele será garantido a todos por intermédio de políticas sociais e econômicas. Aliás, Marta León Alonso bem coloca que o direito à saúde depende da atuação do legislador, a quem incumbe realizar a ponderação com outros interesses constitucionalmente protegidos, tendo em mira a escassez de recursos existentes.⁴⁸²

Tal restrição constitucional é produto do sopesamento realizado pelo legislador originário e deriva da já apresentada constatação de que o Executivo e Legislativo (e não o Judiciário) são os poderes mais indicados para deliberar sobre decisões alocativas que dizem respeito a escolhas trágicas envolvendo o direito à vida e à saúde dos cidadãos.^{483 484}

⁴⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 141-2.

⁴⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 142-3.

⁴⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 286.

⁴⁸² LEÓN ALONSO, Marta. *La protección constitucional de la salud*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2010. p. 133.

⁴⁸³ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 17.

⁴⁸⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 95.

3.3. PROPOSTAS PARAMETRIZANTES NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

3.3.1. O Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Medicamentos – PNM e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF como políticas públicas sociais restritivas do direito fundamental à saúde e a necessária deferência judicial: atuação judicial em demandas individuais circunscrita à determinação de fornecimento dos medicamentos contemplados nas listas públicas

Com embasamento nas disposições constitucionais referentes ao direito à saúde, foi estruturado – pelo Legislativo e Executivo – o Sistema Único de Saúde – SUS, bem como, a Política Nacional de Medicamentos – PNM e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF. Tais políticas públicas sociais já foram objeto de detalhada análise neste estudo e são produtos da restrição diretamente constitucional retro mencionada – que dispõe que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado por meio de políticas públicas sociais e econômicas.

Como o próprio poder constituinte originário já realizou ponderação em abstrato e implementou verdadeira restrição diretamente constitucional definidora da atuação estatal em matéria de direito à saúde, determinando que as políticas públicas de saúde são o instrumento para a realização do disposto no art. 196 da Constituição Federal⁴⁸⁵, não deve o Poder Judiciário sobrepor sua valoração àquela realizada pelos demais poderes dotados de responsabilidade política e maior substrato democrático. Como bem colocado por Luís Roberto Barroso: “Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático”.⁴⁸⁶

Daí se concluir ser imprescindível a deferência do Poder Judiciário para com as políticas públicas sociais e econômicas traçadas pelos poderes Legislativo e

⁴⁸⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 114.

⁴⁸⁵ SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 157.

⁴⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 316.

Executivo em matéria de saúde e fornecimento de fármacos. É preciso que os juízes e Tribunais brasileiros passem a reconhecer que não há meio para garantia do direito à saúde que não passe pela construção e implementação de políticas públicas.⁴⁸⁷ Elas (as políticas públicas) são imprescindíveis quando se tem por escopo garantir a observância da integralidade, igualdade e equidade.⁴⁸⁸

O Legislativo e o Executivo, dotados de responsabilidade política e mais capacitados para lidar com decisões alocativas que importem em escolhas trágicas, implementaram as políticas públicas destinadas ao atendimento do direito constitucional e avaliaram detidamente a viabilidade econômica e terapêutica de inclusão dos medicamentos nas listas públicas do Sistema Único de Saúde – SUS. Nesse cenário, descabe ao Poder Judiciário, por tudo que fora exposto no presente trabalho, praticando a denominada microjustiça e sem a necessária visão de conjunto, simplesmente ignorar as balizas traçadas pelos demais poderes constituídos.⁴⁸⁹

Arvorando-se em lição Rogério de Gesta Leal⁴⁹⁰, se afigura plausível consignar que, na nossa democracia representativa, não cabe ao Poder Judiciário fazer escolhas públicas (nem substituir os demais poderes republicanos) – devendo ser revisados os limites da atuação do Poder Judiciário a fim de que não se subtraia da sociedade o poder de decisão. Na realidade, os juízes e Tribunais podem e devem assegurar a efetivação daquelas escolhas públicas já operadas pelos demais poderes constituídos e em consonância com o texto constitucional. São estas as escolhas que, ao não serem efetivadas, dão azo a medidas judiciais aptas a torná-las efetivas.

O art. 196 da Constituição Federal é cristalino ao prever que o direito à saúde será garantido a todos por intermédio de políticas públicas a cargo dos poderes Legislativo e Executivo (e não por decisões judiciais).⁴⁹¹ Parece claro, então, que as listas públicas de medicamentos elaboradas no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS não podem ser desconsideradas pelos juízes nas demandas individualmente ajuizadas, sob pena

⁴⁸⁷ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 42, n. 2, abr. 2008. p. 5.

⁴⁸⁸ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 42, n. 2, abr. 2008. p. 3.

⁴⁸⁹ NASCIMENTO, Rogério Bento do. A efetivação do direito fundamental de acesso à saúde. *JurisPoiesis*, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, n. 11, p. 313, jan./dez. 2008.

⁴⁹⁰ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 41-2, 58, 84, 90 e 97.

⁴⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 325.

de patente violação à ponderação realizada pelo Constituinte, com sério e preocupante impacto negativo no desenho institucional traçado e estruturado pela Constituição da República.⁴⁹²

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

O primeiro parâmetro que parece consistente elaborar é o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito das ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima. Veja-se que o art. 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário.⁴⁹³

Para Eduardo Appio⁴⁹⁴ – que também compartilha desse entendimento – o fato das prioridades na área de saúde serem dependentes de escolhas e decisões políticas acaba por vedar ao Poder Judiciário a possibilidade de se fazer substituir à atividade administrativa, determinando o fornecimento de medicamentos não contemplados em listas públicas quando da análise de demandas individuais. O Judiciário, ao determinar o fornecimento de um medicamento não constante das listas públicas do Sistema Único de Saúde – SUS, acaba por outorgar um benefício individual não previsto numa política social coletiva, circunstância essa que, como visto no capítulo anterior, gera uma série de consequências desastrosas para o sistema de saúde e para a sociedade em geral.⁴⁹⁵

Portanto, um dos parâmetros a ser seguido nas ações individuais – conforme embasamento já declinado anteriormente –, é compreender que a atuação do Poder Judiciário deve se circunscrever à efetivação da política social de saúde e de fornecimento de medicamentos já eleita pelos poderes Legislativo e Executivo. Em suma: a interferência judicial em demandas individuais para fins de fornecimento judicial de medicamentos por parte do Estado deverá se restringir às hipóteses em que verificada omissão estatal no

⁴⁹² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 325.

⁴⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 330.

⁴⁹⁴ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 184.

⁴⁹⁵ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 187.

fornecimento de fármaco integrante das listas de medicamentos do Sistema Único de Saúde – SUS.

Gize-se, por oportuno, que tal entendimento já mereceu acolhida do Supremo Tribunal Federal, em voto de lavra da Ministra Ellen Gracie, por ocasião da análise da SS n. 3073/RN⁴⁹⁶ – oportunidade em que se entendeu pela não obrigatoriedade de fornecimento de medicamento não constante do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. No mesmo norte também pode ser citada a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça na STA n. 59/SC⁴⁹⁷, sob relatoria do Ministro Nilson Naves.

3.3.2 (Des)introversão da socialidade e responsabilidade compartilhada: a participação do indivíduo e da família na aquisição de medicamentos

Na linha de entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁹⁸, pode-se falar hodiernamente em um esquema de direitos sociais eminentemente voltado para a construção de uma sociedade excessivamente introvertida. Com isso se quer referir que os direitos sociais são vistos pela sociedade em um esquema quase que exclusivamente unilateral, baseado na ideia de um direito prestacional cujo titular passivo é unicamente o Estado. Segundo o jurista lusitano, são três os traços característicos dessa introversão: a) os direitos sociais acarretam o dever do Estado a prestar as obrigações prestacionais em favor da sociedade; b) os direitos sociais contêm um esquema de unilateralidade; e c) os direitos sociais suprimem a reciprocidade.

Ocorre que a dinamização dos direitos sociais passa por uma revisão desse esquema, o que pode ser denominado de (des)introversão da socialidade. Isso porque a alardeada impessoalidade fria do Estado nada mais representa que uma verdadeira fachada

⁴⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, DJU 14 fev. 2007, Suspensão de Segurança n. 3.073/RN, Rel. Min. Ellen Gracie.

⁴⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DJU 2 fev. 2004, Suspensão de Tutela Antecipada n. 59/SC, Rel. Min. Nilson Naves.

⁴⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo; RT; Coimbra: Coimbra editora, 2008. p. 101-2.

que, ao ser descortinada, traz a lume a empírica constatação de quem paga não é o Estado, mas uns cidadãos: os contribuintes.⁴⁹⁹

Com isso quer se dizer que já é hora de encarar os direitos fundamentais sociais – em especial o direito à saúde –, como um verdadeiro dever da sociedade (e não só do Estado). Há premente necessidade da descoberta dos contornos de reciprocidade dos direitos sociais. Urge, nessa quadra, abandonar a distorcida visão que recai sobre o conceito de Estado Social de Direito (o qual é usualmente confundido com um Estado Assistencialista). É preciso, pois, trazer à baila a ideia de responsabilidade compartilhada, entendendo-se que nas obrigações positivas todos os beneficiários são responsáveis – já que não há bônus sem ônus.⁵⁰⁰

Tendo em mira tal responsabilidade compartilhada de que trata Rogério Gesta Leal⁵⁰¹ é que se pode defender a participação do indivíduo e da família no custeio de medicamentos.

Devem ser lançadas algumas indagações pontuais sobre a questão da gratuidade de fornecimento de medicamentos. Será que é dever do Estado e da coletividade fornecer medicamento a pessoa abastada e não atendida em nível ambulatorial ou hospitalar pelo Sistema Único de Saúde – SUS (mas atendida por médicos particulares integrantes de hospital particular de referência)? No mesmo sentido, pergunta-se: será do Estado ou da sociedade o dever de fornecer medicamentos a uma dona de casa sem renda comprovada, mas casada com um grande empresário e filha de um casal de prósperos profissionais?

Da ideia de igualdade e universalidade de acesso ao serviço público de saúde não é possível extrair necessariamente a conclusão de que ele deve se dar de maneira totalmente gratuita. Como bem coloca Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁰², essa garantia de saúde para todos e em igualdade de condições não pode ser confundida com os benefícios da Assistência Social. Na realidade, somente as prestações devidas por esta é que são totalmente desvinculadas de qualquer contraprestação por parte do indivíduo.

⁴⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo; RT; Coimbra: Coimbra editora, 2008. p. 102.

⁵⁰⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Aula expositiva ministrada no curso de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá em Chapecó*, 2010.

⁵⁰¹ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 37-56.

⁵⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 326.

No mais, como bem coloca a doutrina, “o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo [...]”.⁵⁰³ Do mesmo modo, tem-se que “a gratuidade indiscriminada afasta-se da acepção distributiva de bens [...]. Antes de distribuir, aliás, acaba por concentrá-los ainda mais, desnaturando [...] o acesso igualitário e universal, compreendido em sua acepção material”.⁵⁰⁴

É certo afirmar que o entendimento que apregoa a necessidade de prova de carência econômica para o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado está em compasso com o princípio da igualdade material assegurado pela Constituição Federal, bem como, e principalmente, com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam: o de erradicar a pobreza e a marginalização e o de reduzir as desigualdades sociais e regionais (CRFB, art. 3., inc. III).

De outra banda, é de se registrar que “o simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual [...]”.⁵⁰⁵ Como a sociedade brasileira é acentuadamente desigual, e considerando que um dos objetivos da República é justamente o de reduzir as desigualdades sociais, não parece contrário ao direito limitar o fornecimento gratuito de medicamentos aos indivíduos comprovadamente carentes economicamente, mormente quando se tem em mira a escassez de recursos públicos e o princípio da igualdade em seu sentido material. Na verdade, é difícil imaginar que nos dias de hoje o Brasil possa atender indistintamente a todos e a todas as situações apresentadas sem verificar a hipossuficiência do indivíduo pleiteante no que se refere à compra do medicamento.⁵⁰⁶

Deve ser assinalado que – ao contrário do que se possa imaginar –, a gratuidade de fornecimento de medicamentos pelo Estado não é a regra no direito comparado. Pelo contrário, são muitos os países (inclusive do dito Primeiro Mundo) que

⁵⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 326.

⁵⁰⁴ AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação de hipossuficiência. In: ASSIS, Araken de. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. 1. ed. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 17.

⁵⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 326.

⁵⁰⁶ LINS, Andrea Carla Veras. A produção da prova, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 110-111.

preveem em suas Constituições a implementação de contraprestações por parte da sociedade e a limitação do fornecimento dos medicamentos aos cidadãos realmente necessitados. A título exemplificativo, cita-se a Constituição Portuguesa de 1976 e o seu art. 64, “2”, “a” – o qual prevê a estruturação de um serviço nacional de saúde universal, geral e apenas tendencialmente gratuito (a depender das condições econômicas e sociais do cidadão).

No nível interno, há que ser lembrada a disposição constante do art. 1.º da Lei Estadual n. 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, ao dispor que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.⁵⁰⁷

A par da participação solidarística do indivíduo, deve também se dar a contribuição da família na aquisição de medicamentos, de maneira a se pensar o direito ao fornecimento de fármacos como integrante da obrigação alimentar decorrente da relação de parentesco. Tal entendimento conta com o apoio da doutrina de Rogério Gesta Leal, para quem cumpre “[...] ratificar este sentido solidarístico que chama à responsabilidade a família para contribuir na manutenção do sistema republicano e federativo da saúde, dando sua quota-parte [...]”.⁵⁰⁸ Isso nada mais representa que conferir aplicabilidade ao art. 1.694 do Código Civil brasileiro, este que prevê: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Esta obrigação alimentar, consagrada no Código Civil brasileiro, abarca, inequivocamente, as despesas do alimentando com o custeio de sua própria saúde – já que no conceito de obrigação alimentar incluem-se os gastos realizados pelo alimentando para viver de modo compatível com sua condição social. Se a própria norma fez constar expressamente que as despesas com educação inserem-se dentro do conceito obrigação alimentar, com muito maior razão nele se incluem as despesas com saúde, porquanto inexoravelmente ligadas ao próprio direito fundamental à vida.

⁵⁰⁷ AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação de hiposuficiência. In: ASSIS, Araken de. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. 1. ed. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 19.

⁵⁰⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 163.

Logo, antes de se discutir a obrigação prestacional por parte do Estado, mister que seja perquirido acerca da possibilidade econômica e social do indivíduo e de seus parentes próximos em arcar com o pagamento do medicamento cujo fornecimento se pleiteia na via judicial – obedecidas as regras legais atinentes à obrigação alimentar em decorrência do parentesco.⁵⁰⁹

E – para dar efetividade prática a esse entendimento –, deve-se exigir que a petição inicial faça expressa menção às condições econômicas e sociais do postulante e de sua família, indicando, ainda, preferencialmente com prova documental, qual o custo, no mercado particular, da aquisição do medicamento objeto da lide. Isso permitirá ao juízo uma cognição sumária, possibilitando desde logo uma confrontação dos dados relativos ao custo do medicamento pleiteado com a renda do indivíduo demandante e de seu grupo familiar, com o escopo de analisar a necessária hipossuficiência (a qual não se confunde com o conceito de pobreza).⁵¹⁰

Posteriormente – mais precisamente na fase processual instrutória –, deverá ser determinada a realização de estudo socioeconômico. Com a realização de dito estudo, buscar-se-á angariar elementos probatórios isentos e imparciais que possam dar ao juízo noções mais precisas acerca das reais condições socioeconômicas do postulante e de seu grupo familiar, com o intento de permitir uma tomada de decisão mais precisa e próxima do real contexto fático.

3.3.3 Prova pericial, determinação judicial de fornecimento de medicamento pelo princípio ativo representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e contracautela

Nas demandas individualmente ajuizadas com o escopo de obter uma decisão judicial concessiva de medicamentos também há imprescindibilidade de determinação *ex officio* de produção de prova pericial pelo magistrado na fase processual cabível: a probatória. Isso deve se dar porque o juiz não é profissional dotado de necessário conhecimento técnico na área de medicina e nem tampouco na de farmacologia. Como ele

⁵⁰⁹ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 251.

⁵¹⁰ LINS, Andrea Carla Veras. A produção da prova, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 111.

recebe informações técnicas acerca da doença e dos medicamentos tanto da parte postulante como do ente público federativo figurante no pólo passivo da demanda ⁵¹¹, mister que conte com o abalizado e imparcial posicionamento de um perito judicial médico, o qual é o profissional que detém a atribuição de prescrever o uso de fármacos. Essa prova pericial deverá seguir a sistemática traçada pelo Código de Processo Civil, abrindo-se a possibilidade de formulação de quesitos pelas partes litigantes.

Os objetivos da realização da prova pericial são primordialmente de duas ordens distintas. A primeira delas diz respeito à adequação ⁵¹² da medicação postulada à patologia que acomete o demandante. Isto é: deve-se verificar por meio da prova pericial se o medicamento receitado para o postulante é mesmo o indicado para o tratamento da doença por ele apresentada (aqui toma importância os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) do Ministério da Saúde). Oportuno mencionar que a análise da adequação pelo juízo também deve se dar com vista a verificar se o fármaco faz parte das políticas públicas de fornecimento de medicamentos do Sistema Único de Saúde – SUS, estando incluído nas listas públicas de fármacos.

Já o segundo objetivo da realização da prova pericial liga-se à necessidade ⁵¹³ de emprego do medicamento para o tratamento do mal apresentado pelo paciente. Vale dizer: é preciso verificar se a medicação é mesmo necessária para a cura ou melhora da patologia que acomete o indivíduo. Tal proceder é imprescindível porque há casos em que o emprego do medicamento não trará ao paciente a prometida cura ou mesmo a melhora das suas condições de vida.

No caso de preenchimento dos parâmetros sugeridos para as demandas individuais, caberá ao Poder Judiciário, por intermédio de seus juízes e tribunais, proferir decisão, sentença ou acórdão, obrigando o ente federativo a proceder o fornecimento gratuito do medicamento em prazo razoável. No entanto, deve ser frisado que a ordem judicial não deverá adotar o nome comercial do medicamento, mas sim o seu princípio ativo, representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB).

⁵¹¹ LINS, Andrea Carla Veras. A produção da prova, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 107.

⁵¹² LINS, Andrea Carla Veras. A produção da prova, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 107.

⁵¹³ LINS, Andrea Carla Veras. A produção da prova, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 107.

Isso porque, com o advento da Lei n. 9.787/99, alterou-se a Lei n. 6.360/76 e estabeleceu-se o medicamento genérico em território brasileiro, havendo, em seu art. 3.º, expressa determinação legal de que as aquisições de medicamentos e as prescrições médicas no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, adotarão obrigatoriamente o princípio ativo do medicamento, representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB).⁵¹⁴ Logo, a decisão judicial que determina o fornecimento de medicamento de referência ou pelo seu nome comercial viola frontalmente as disposições das Leis n. 6.360/76 e 9.787/99, razão pela qual não pode ser admitida.

Na realidade, a utilização do princípio ativo, por intermédio da Denominação Comum Brasileira (DCM), permite ao Sistema Único de Saúde – SUS, um maior leque de opções quando da aquisição do fármaco junto à iniciativa privada, inclusive com a compra de medicamento genérico, evitando o favorecimento indevido de determinados laboratórios e permitindo a obtenção de melhores preços junto aos fornecedores, circunstância essa que inegavelmente vem em atendimento ao interesse público, já que permite fazer mais com menos. Como bem argumenta a doutrina: “Os medicamentos [...] devem ser preferencialmente genéricos ou aqueles de mais baixo custo, não podendo ser admitidas preferências arbitrárias ou injustificadas por determinadas marcas”.⁵¹⁵

Assinale-se que o medicamento genérico é designado pelo seu princípio ativo, representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB), sendo ele inteiramente intercambiável com o medicamento de referência, sendo geralmente produzido após a expiração ou renúncia da patente do produto ou de outros direitos de exclusividade. Para sua comercialização e inclusão nas políticas públicas de assistência farmacêutica, há necessidade de prévio registro junto à Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa, o qual somente é concedido pela agência reguladora após a demonstração de sua comprovada eficácia, segurança e qualidade, com a realização de ensaios de equivalência farmacêutica, biodisponibilidade e bioequivalência, nos termos da Resolução n. 391/99, substituída pelas Resoluções n. 10/01, 135/03 e 16/07, todas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária –

⁵¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 260-61.

⁵¹⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 250-51.

Anvisa.⁵¹⁶ Diante disso, mostra-se insustentável o frágil argumento, por vezes levantado, de que o medicamento genérico não teria o mesmo efeito terapêutico que o fármaco de referência.

Um último norte a ser seguido nas demandas individuais cinge-se à exigência de uma espécie de contracautela por parte do juízo. Frequentemente ocorre a hipótese do paciente-postulante estar acometido de uma doença crônica que requer tratamento contínuo e sem prazo definido, o que por vezes implica em fornecimento do produto sem um prazo determinado. Nesses casos, em homenagem à boa-fé e para evitar que seja fornecido ao litigante medicamento de que não mais necessita e que importaria em custo indevido ao erário, mister que o demandante seja compelido a apresentar ao ente federativo, em determinados e fixos intervalos de tempo, receituário médico que comprove a sua necessidade de continuidade de recebimento do fármaco, sob pena de revogação da decisão judicial determinativa da sua concessão.

3.4. PROPOSTAS PARAMETRIZANTES NAS DEMANDAS COLETIVAS

Muito embora exista uma presunção de que os poderes públicos realizaram uma análise detalhada e adequada acerca da inclusão de determinado fármaco nas listas públicas, esta é apenas relativa. Por isso mesmo, embora o Poder Judiciário não deva, em regra, rever as escolhas democraticamente realizadas pelos poderes públicos em sede de demandas individuais, mostra-se possível o controle das políticas públicas de fornecimento de medicamentos nas demandas coletivas.⁵¹⁷ Propõe-se, na verdade, uma mudança de foco: do direito subjetivo do jurisdicionado consistente em exigir individualmente o fornecimento gratuito do medicamento em favor do seu direito subjetivo à boa administração da política social de saúde.⁵¹⁸

⁵¹⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/bioequivalencia/historico.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

⁵¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 331.

⁵¹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno*. In: Interesse público, v. 48, 2008.

Há, evidentemente, possibilidade de um controle jurisdicional das políticas públicas de fornecimento de medicamentos ⁵¹⁹, e não somente nos casos em que houver omissão dos demais poderes quanto à implementação da política pública prescrita no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional, mas também naqueles casos em que estas políticas sociais se mostrarem insuficientes em razão do descumprimento do princípio constitucional da eficiência.

Por sua vez, os meios por excelência para o exercício desse controle de direitos sistematizados em políticas públicas não são outros que não os das ações coletivas e das ações abstratas de controle de constitucionalidade.⁵²⁰ Isso inclui a possibilidade de revisão das listas públicas de medicamentos pelo Poder Judiciário em sede de ações coletivas, a qual, no entanto, é certamente excepcional.⁵²¹ Diz-se excepcional justamente porque, em princípio, e como já assinalado em passagens precedentes, as escolhas alocativas que importem em decisões trágicas devem ficar a cargo dos demais poderes constituídos eleitos democraticamente e detentores de responsabilidade política.

Como bem coloca Luís Roberto Barroso ⁵²², são três os fundamentos orientadores desse critério parametrizante. O primeiro deles reside no fato de que o debate em sede coletiva ou abstrata de constitucionalidade irá permitir um exame global e não fracionado da política pública de fornecimento de medicamentos. Com isso, será possível ter uma ideia mais concreta e menos abstrata da adequação e da necessidade de fornecimento do medicamento à população brasileira, sempre tendo em mira a quantidade de recursos públicos como um todo. Outro fundamento de sustentação é permitir o exame da alocação de recursos e definição de prioridades em caráter geral e não individualmente e tendo por base casos concretos que conduzem às ruinosas consequências da prática da denominada microjustiça. Como fundamento último, pode ser citado a preservação da igualdade e da universalidade de atendimento da população, as quais são notas essenciais do próprio Sistema Único de Saúde – SUS.

⁵¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

⁵²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

⁵²¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 331-2.

⁵²² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 332.

Com a prolação de uma única decisão judicial determinativa da inclusão de um novo fármaco nas listas públicas evita-se não só o desperdício de dinheiro público como também a desorganização da Administração Pública. O poder público – ao invés de realocar vultosas quantias para a aquisição de um medicamento em regime de urgência e sem processo licitatório para um determinado paciente em uma demanda individual –, poderá estruturar seus serviços de forma mais organizada e eficiente.⁵²³

No entanto, é preciso também ter como norte a ser seguido nesse processo o fato de que o medicamento a ser incluído nas listas públicas via ações coletivas deva ser necessariamente registrado em terras brasileiras junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Isso garantirá o fornecimento de um medicamento de eficácia comprovada, excluindo-se fármacos experimentais e/ou alternativos. Finalmente, cumpre ponderar que as ordens judiciais porventura prolatadas nas demandas coletivas, pelas razões já expostas anteriormente neste estudo, também deverão adotar o princípio ativo do medicamento, representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB).

Determinada a inclusão do novel fármaco nas listas públicas pela via judicial – e passando ele a integrar a política pública de fornecimento de medicamentos –, haverá que ser reconhecido o direito subjetivo do paciente em pleitear esse medicamento em uma demanda individual em caso de eventual negativa de seu fornecimento por parte da Administração Pública, observados os demais parâmetros já explicitados e relativos às demandas individuais.

⁵²³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 332-3.

CONCLUSÃO

Procuramos oferecer, por meio deste trabalho acadêmico, modesta contribuição para a formulação de propostas parametrizantes que pudessem orientar o Poder Judiciário a lidar com a questão envolvendo o direito fundamental social à saúde, mais especificamente, no que atine ao direito subjetivo de cunho prestacional relativo ao fornecimento de fármacos. Cientes dos desafios desse estudo, mas sempre confiantes no que tange a viabilidade acadêmica dessa proposta, foi possível expor, no decorrer do estudo, todas as nossas ideias, cabendo, agora, a guisa de conclusão, resgatá-las e sintetizá-las.

Os direitos fundamentais não desabrocharam todos de uma só vez, sendo o caráter evolutivo de tais direitos inerente à própria natureza evolutiva do ser humano, este que, por sua vez, é sempre um ser incompleto e inacabado. As transformações experimentadas pelos direitos fundamentais ao longo da história se deram justamente nas ocasiões em que a dignidade da pessoa humana foi ameaçada pelas estruturas de poder na sociedade. O Estado, que nasceu Liberal, passou a ser Social e, posteriormente, Democrático de Direito. Do ponto de vista dos direitos, houve um processo evolutivo que perpassou pelos direitos de liberdade, sociais e de solidariedade.

Pela teoria da dupla perspectiva dos direitos fundamentais se entende que os direitos fundamentais são dotados de uma dupla perspectiva ou dimensão: a subjetiva (negativa e positiva) e objetiva. Com isso se quer dizer que os direitos fundamentais não se limitam unicamente a garantir direitos subjetivos positivos ou negativos do indivíduo contra atos do poder público, mas também fundam princípios objetivos que permeiam e orientam todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os poderes constituídos.

É falha a teoria que aponta para a inferioridade dos direitos sociais em relação aos típicos direitos civis e políticos (direitos de liberdade). No Brasil, aliás, diante de expressa previsão constitucional, não se pode descurar da eficácia jurídica e aplicabilidade dos direitos sociais, os quais são considerados verdadeiros direitos fundamentais.

A disposição constitucional contida no art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, que prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, deve ser entendida como um mandado de otimização ou maximização, de modo a estabelecer aos poderes

constituídos a missão de reconhecer, em relação aos direitos fundamentais, a maior eficácia possível. Há, pois, presunção de aplicabilidade imediata do direito fundamental, cujo afastamento é sempre excepcional, e somente poderá se dar pelo próprio Constituinte ou mediante a devida fundamentação e justificação, a se dar naqueles casos de insuficiente normatividade.

Embora a teoria da restrição dos direitos fundamentais não esteja prevista expressamente na Constituição Federal, acabou sendo recepcionada pela jurisdição constitucional brasileira. Tal teoria diferencia basicamente as normas em princípios e regras tendo por base um critério qualitativo.

Os princípios são normas que comportam diversos graus de satisfação, a depender das condições fáticas e jurídicas existentes, razão pela qual a eventual colisão de princípios se resolve no caso concreto, com base em dimensões de peso. De outra banda, as regras são normas que não comportam diversos graus de realização, orientando-se pelo binômio satisfeitas-não satisfeitas, sendo que eventual conflito entre elas se resolve no próprio plano da validade, com base na ideia de tudo ou nada.

Os direitos fundamentais são considerados normas da espécie princípio, daí porque se conclui pela inexistência de direitos fundamentais absolutos, bem como, pela inexistência de blindagem desses direitos contra eventuais restrições.

São duas as teorias existentes acerca das restrições dos direitos fundamentais: a teoria interna do suporte fático e a teoria externa. Para os fins propostos neste estudo, é mais adequada a teoria externa, já que ela trabalha com a noção de direitos fundamentais *prima facie* e se mostra adequada do sopesamento como instrumento de resolução de conflitos entre princípios.

As restrições aos direitos fundamentais podem se dar por regras ou princípios e representam a imposição de cargas coativas aos direitos fundamentais, de forma a reduzir o alcance *prima facie* desses direitos. Por regras, nos casos em que o próprio legislador já realizou previamente o sopesamento entre os princípios de direitos fundamentais colidentes e dele extraiu o resultado materializado na edição de uma lei com estrutura normativa de regra. E por princípios, quando o sopesamento não foi realizado previamente pelo legislador, cabendo essa tarefa ao Poder Judiciário.

As restrições podem ser diretamente constitucionais (restrições de hierarquia constitucional) ou indiretamente constitucionais (restrições infraconstitucionais). Enquanto que as restrições diretamente constitucionais se dão

mediante cláusulas expressas estabelecidas pelo próprio constituinte, as indiretamente constitucionais podem ser divididas em duas categorias: as restrições decorrentes de reservas legais e a as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.

Contudo, o exercício dessas restrições não é ilimitado. Fala-se, então, em restrições (ou limitações) às restrições dos direitos fundamentais, representadas pela regra da proporcionalidade, pelo dever de sopesamento e pela proteção ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

O dever de sopesamento se distingue nitidamente da regra da proporcionalidade. Há casos em que as colisões de princípios fundamentais são resolvidas pela edição de uma lei por parte do legislador, cuja natureza normativa é de regra. Nesses casos, pode o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dessa legislação editada pelo legislativo, utilizando-se, para tanto, da regra da proporcionalidade. De outro vértice, há hipóteses em que o legislador não editou uma lei prévia para solucionar o conflito entre princípios fundamentais, caso em que a questão será resolvida pelo Poder Judiciário, agora mediante exercício do dever de ponderação.

Existem duas teorias sobre a proteção ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais: a absoluta e a relativa. No caso deste estudo, optou-se pela adoção da teoria relativa – a qual também se aplica aos direitos sociais. Isso porque a teoria relativa é a que melhor se identifica com o suporte fático amplo dos direitos fundamentais e a teoria dos princípios adotados no presente trabalho.

Há, na verdade, íntima correlação entre a teoria relativa e a regra da proporcionalidade, porquanto aquela compreende o conteúdo essencial do direito fundamental como verdadeiro produto da aplicação desta. Portanto, não existe, nessa concepção, maior distinção entre a proteção ao conteúdo do núcleo essencial e a regra da proporcionalidade.

Vimos que o conceito de saúde sempre foi representado por duas teses distintas: a curativa e a preventiva. Essas duas teses baseiam-se numa mesma visão de saúde como sinônimo de ausência de doenças, a qual somente foi alterada com o pós-guerra e a criação da Organização Mundial de Saúde – OMS, quando então se passou a entender o conceito de saúde como algo mais amplo, abrangendo não só os aspectos curativos e preventivos, como também os de promoção da saúde.

Para a Organização Mundial de Saúde – OMS, a saúde é o completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças. Esse conceito, porém, é

ineficiente do ponto de vista prático, devido, sobretudo, ao seu caráter eminentemente subjetivo. Daí porque é necessária a elaboração de uma definição funcional e operacional de saúde.

O direito à saúde, no início da positivação internacional e interna, era concebido como mero fator de produtividade, constituindo-se em singelo direito da classe trabalhadora. Essa visão começou a se modificar com a promulgação da Constituição da República Italiana em 1948. Depois disso, passou-se a reconhecer a saúde como direito do próprio cidadão, o que foi reforçado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem nesse mesmo ano.

Posteriormente, a proteção do direito à saúde como direito do cidadão passou a ser reconhecida pelas demais ordens constitucionais, merecendo também destaque no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – o qual teve por escopo desenvolver em detalhes o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como, em diversas conferências realizadas pela Organização Mundial da Saúde – OMS a partir de 1970, das quais resultou uma série de cartas ou declarações.

No plano constitucional brasileiro, a positivação do direito fundamental à saúde como direito de todo o cidadão só se deu tardiamente, mais precisamente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988.

O tratamento constitucional do direito à saúde em território brasileiro se sedimenta em dois pilares. O primeiro deles reside na consagração do direito à saúde como um direito fundamental social com estreita ligação com o direito à vida e à proteção da integridade física corporal e psicológica do ser humano (CRFB, art. 6.º). O segundo pilar consiste no estabelecimento de regras gerais e diretrizes norteadoras da política pública de saúde (CRFB, art. 196 a 200).

É a própria Constituição Federal que definiu a forma pela qual se dá a garantia do direito à saúde: por políticas sociais e econômicas – as quais devem ser baseadas nos conceitos de universalidade e de igualdade de acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

O Sistema Único de Saúde – SUS é baseado em três diretrizes: a descentralização; o atendimento integral – com prioridade para as atividades preventivas; e a participação da comunidade. É errônea a ilação de que integralidade de atendimento é sinônimo de direito subjetivo do cidadão a todo e qualquer tratamento e/ou medicamento. Na realidade, fala-se em integralidade porque o atendimento não se limita unicamente ao

caráter de promoção, proteção ou recuperação de saúde, abrangendo essas três vias, de forma concomitante.

Tendo em mira o resgate do entendimento sufragado pela corrente doutrinária intermediária, que compreende a norma constitucional inserta no art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, como um verdadeiro mandado de otimização ou de maximização, pode-se afirmar que o direito à saúde, em terras brasileiras, é norma constitucional de aplicabilidade imediata.

Tal conclusão é passível de afirmação porque do exame concatenado das disposições constitucionais sobre a matéria é possível extrair densidade normativa suficiente para a produção de todos os efeitos do direito à saúde, independentemente de qualquer concretização legislativa. E – mesmo que se entendesse de forma diversa –, haveria que se reconhecer eficácia jurídica ao direito subjetivo prestacional à saúde em território brasileiro, uma vez que já houve por aqui a cogitada intermediação legislativa, o que se deu com a edição das Leis n. 8.080/90 e 8.142/90 (Lei Orgânica da Saúde – LOS).

O direito à saúde, em sua perspectiva subjetiva, possui um duplo viés: o negativo e o positivo. Em seu viés negativo, esse direito se traduz em uma esfera de liberdade imune ao poder de império do Estado, impondo aos poderes públicos uma abstenção (direito de defesa). De outro lado, em seu viés positivo, toma-se o direito à saúde como a possibilidade de exigibilidade de prestações positivas junto ao Estado (direito social prestacional). O direito à saúde possui, de outra parte, uma dimensão objetiva, de modo a se tomar as disposições constitucionais que estatuem o direito fundamental à saúde como um conjunto de valores objetivos básicos e de diretrizes da atuação positiva do Estado.

O estabelecimento de uma política pública busca dar concretude aos direitos fundamentais, em especial aos direitos sociais. No Brasil, em tema de direito social à saúde, atendendo-se à recomendação da Organização Mundial da Saúde – OMS, deu-se a estruturação de duas importantes políticas públicas visando dar efetividade ao direito subjetivo de cunho prestacional relativo ao fornecimento de fármacos: a Política Nacional de Medicamentos – PNM e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF.

A Relação Nacional de Medicamentos – Rename constitui-se em importante instrumento da Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF, já que inclui uma lista de medicamentos essenciais financiados pelos três componentes da assistência farmacêutica. Essa listagem não é estática e é revista a cada dois anos pela Comissão

Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Rename – Comare, a qual é formada por vinte e duas instituições.

Diante desse quadro, nítida a falibilidade do argumento de que os poderes constituídos estão omissos ou inertes em matéria de atendimento do direito fundamental à saúde, especificamente no que tange à estruturação e implementação de políticas públicas de fornecimento de medicamentos para o povo brasileiro.

No Brasil, era bastante contida e tímida a atuação judicial em tema de direito à saúde e fornecimento de medicamentos, tanto que as respectivas normas constitucionais eram interpretadas pelos tribunais como sendo meramente programáticas. Todavia, esse cenário inicial de passividade e autocontenção judiciária se transformou rapidamente para um quadro de excessiva judicialização e de inegável ativismo judicial, causando, especialmente este último, não raras vezes, verdadeira desestabilização do equilíbrio democrático das instituições, na forma traçada pela Constituição.

São inúmeras as possíveis causas da excessiva judicialização e do ativismo judicial no que pertine ao direito à saúde e fornecimento de medicamentos. Dentre elas, é possível citar: a) o processo de redemocratização promovido pelo advento da Constituição Federal de 1988 (o que importou em reposicionamento do Poder Judiciário como um verdadeiro poder republicano; em ressurgimento da sociedade civil; em incremento da cidadania do povo brasileiro; e na valorização do Ministério Público); b) a característica analítica e ambiciosa da Carta Fundamental de 1988, bem como, o seu caráter compromissório; c) o novo papel atribuído ao Poder Judiciário e à jurisdição constitucional com o advento do Estado Democrático de Direito; d) a crise de representatividade atravessada pelo Poder Legislativo brasileiro e a adoção do sistema presidencialista; e) a supervalorização do Poder Judiciário e dos meios judiciais de controle, em prejuízo dos demais poderes constituídos e dos meios não judiciais; f) a existência de uma denominada ideologia ou moralidade da saúde; g) a concepção do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos como bens de consumo (em franco prejuízo às ações de promoção e prevenção de saúde); h) o papel incisivo da indústria farmacêutica mundial na busca da conquista de mais mercado para seus produtos; i) os fatores de natureza sociológica e demográfica; j) o processo de transição epidemiológica verificado em nosso país; k) o desconhecimento e a inobservância dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT do Ministério da Saúde pelos profissionais médicos; l) a equivocada interpretação dada pelo Poder Judiciário à integralidade de que trata o inc. II do art. 198 da Constituição

Federal; m) a dificuldade humana do magistrado em negar uma ordem judicial que talvez possa vir a evitar a morte, dar um período de sobrevida ou melhorar a condições de vida de uma pessoa com rosto que bate às portas do Poder Judiciário em busca de tutela para a sua pretensão; n) a despreocupação dos juízes e Tribunais brasileiros com a universalização das decisões judiciais concessivas; e o) o efeito multiplicador produzido por decisões dessa categoria.

Muito embora existam algumas vantagens na excessiva judicialização e no ativismo judicial em matéria de direito à saúde e fornecimento de medicamentos, forçoso reconhecer que tais fenômenos acabam mais por multiplicar os problemas existentes nessa área. A proliferação das demandas judiciais individuais postulando o fornecimento de fármacos e a prolação de decisões extravagantes e/ou emocionais causam sérios impactos às políticas sociais de saúde.

A concessão judicial de medicamentos inacessíveis, não essenciais, experimentais, de eficácia duvidosa e sem o devido registro na Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa, importa em séria desorganização da Política Nacional de Medicamentos – PNM e da Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF. O Poder Judiciário, ao determinar judicialmente o fornecimento de medicamentos em demandas individuais, ignorando o orçamento público e em completa desconsideração das políticas públicas implementadas pelos demais poderes constituídos, pratica a denominada microjustiça, cuja perspectiva não é pública, mas, precipuamente, individual.

Com isso, há considerável impacto à denominada macrojustiça, a qual perpassa pela análise global de planejamento de prioridades e escolha de meios realizada pelos poderes Legislativo e Executivo. Opera-se, então, um deslocamento do processo de escolha racional de prioridades e de reserva dos meios, os quais são os pilares de edificação de qualquer política pública.

Em casos limítrofes, a atuação desarrazoada do Poder Judiciário em demandas individuais pode até mesmo impedir a implementação de políticas públicas voltadas à promoção e proteção da saúde, visto que os já escassos recursos públicos seriam destinados quase que exclusivamente para a área da recuperação da saúde. Nesse caso, poder-se-ia cogitar da própria não realização da Constituição Federal, porquanto o texto constitucional garante expressamente a prática de ações de promoção e proteção da saúde em benefício da população.

Ficou claro, de outro lado, que tal proceder também importaria em ofensa às normas constitucionais que asseguram o acesso igualitário às ações e serviços de saúde, o direito fundamental à igualdade e a impessoalidade. Tal se dá porque o acesso às ações e serviços de saúde deve ser garantido a todos aqueles que busquem diagnóstico e tratamento junto ao Sistema Único de Saúde – SUS e não apenas aqueles que buscaram a satisfação de sua pretensão na via judicial.

Efetivamente, não se pode fornecer medicamento àquele que possui mais acesso à informação, maior acesso à justiça e melhores condições financeiras de prover o pagamento de um imprescindível advogado em detrimento daquela pessoa mais necessitada e com piores condições culturais e econômicas, sob pena, inclusive, de afastamento de um dos objetivos fundamentais traçados pela Constituição Federal, respeitante à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como, à redução das desigualdades sociais e regionais. Na verdade, o ingresso em juízo não pode ser considerado um critério de discriminação válido para dar efetividade aos princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade.

Podem, ainda, serem citados mais dois efeitos negativos dos fenômenos da excessiva judicialização e do ativismo judicial em matéria de saúde e fornecimento de medicamentos. Um deles é a perda do poder de compra do Estado, ao passo em que o outro recai sobre a não realização de processo licitatório para o atendimento de ordem judicial concessiva de medicamentos. Com a dispensa ou inexigibilidade de processo licitatório, abrem-se brechas para a prática de atos fraudulentos e de improbidade administrativa.

Como visto, a jurisdição constitucional pode atuar de forma contramajoritária, inclusive em sede de políticas públicas de saúde e fornecimento de fármacos. Todavia, a condição para que essa atuação contramajoritária da jurisdição constitucional se dê de forma legítima é a de que a manifestação de vontade não seja pura e simplesmente do próprio julgador, devendo se dar sob condução dos preceitos da Constituição. Essa atuação não pode se dar mediante um ativismo judicial desmedido, como não raras vezes se vê em matéria de direito à saúde e fornecimento de medicamentos, sob pena de risco democrático e de multiplicação dos problemas.

De outra banda, deve-se ter em mente que o direito prestacional relativo ao fornecimento de medicamentos custa dinheiro – e não é pouco. O custo desse direito social contrapõe, de um lado, a limitação dos recursos orçamentários, e de outro, a infinitude das demandas sociais. Na tentativa de se equilibrar essa balança, deve-se ter em mira as

características da teoria da reserva do possível, aqui entendida em sua concepção alemã original, como equivalente de reserva democrática (e não como equivalente de reserva fática). A simples escassez de recursos não justifica o esvaziamento do direito social à saúde. Porém, isso não significa necessário afastamento das características dessa teoria, em sua concepção original.

Sempre existiu e sempre existirá escassez de recursos para a efetivação dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde e do fornecimento de medicamentos. Como há escassez de recursos, coloca-se a necessidade de tomada de decisões alocativas que importam em escolhas trágicas. Essas decisões são bastante complexas, uma vez que cada uma delas poderá acarretar novas ameaças, razão pela qual o espaço para a deliberação de tais decisões deve ser o mais democrático possível, devendo serem feitas pelo Poder Executivo e pelo Legislativo, através do orçamento e das políticas públicas.

Portanto, não cabe ao Poder Judiciário, sobretudo em demandas individualmente ajuizadas e praticando a denominada microjustiça, realizar tais decisões alocativas que importam em escolhas trágicas (até porque seus representantes não são dotados de responsabilidade política).

Outro ponto destacado diz respeito à manifesta incapacidade técnica do Poder Judiciário para tratar das questões atinentes às políticas públicas de fornecimento de medicamentos.

Esses efeitos e contrapontos relativos à excessiva judicialização e, por vezes, ao ativismo judicial em tema de política pública de fornecimento de medicamentos, revelam a necessidade de estabelecimento de propostas parametrizantes aptas a orientar o enfrentamento da questão pelo Poder Judiciário, evitando-se, com isso, o mal maior, representado pela própria bancarrota do sistema público de saúde brasileiro.

O primeiro parâmetro é o respeito ao sopesamento realizado pelo próprio constituinte entre o direito individual e coletivo à saúde, por meio da inserção de uma restrição diretamente constitucional. Isso é resultado da adoção da teoria dos princípios, a qual concebe o direito fundamental social à saúde como um direito *prima facie* ou uma norma da espécie princípio que deve ser encarada como um verdadeiro mandado de otimização.

Considerado desse modo, está o direito fundamental à saúde sujeito a colisões com outros princípios. Essa colisão está ligada às denominadas escolhas trágicas, e contrapõe, de um lado, o direito a vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde

de outros. Diante dessa colisão, o direito fundamental à saúde se sujeita à restrições, a qual, no caso em específico, é representada por uma restrição diretamente constitucional com estrutura de regra, que é operacionalizada por meio de uma cláusula restritiva expressa, inserta no próprio art. 197 da Constituição Federal – a qual contém expressa disposição dando conta de que o direito à saúde deve ser restringido por políticas sociais e econômicas.

Logo, o constituinte, ao visualizar a colisão entre o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros, optou por restringir no texto constitucional o alcance do direito fundamental à saúde, explicitando que ele será garantido a todos por intermédio de políticas sociais e econômicas. Ela (a restrição constitucional) é produto do sopesamento realizado pelo legislador originário e deriva da já apresentada constatação de que o Executivo e o Legislativo (e não o Judiciário) são os poderes mais indicados para deliberar sobre decisões alocativas que dizem respeito a escolhas trágicas envolvendo o direito à vida e à saúde dos cidadãos.

Nesse cenário, toma-se o Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Medicamentos – PNM e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF, como políticas públicas sociais restritivas do direito fundamental à saúde. Tais políticas públicas, segundo a própria Constituição, consistem no instrumento para a realização do disposto no art. 196 da Carta Fundamental, razão pela qual não deve o Poder Judiciário sobrepor sua valoração àquela realizada pelos demais poderes, mormente porque dotados de responsabilidade política e maior substrato democrático.

Nessa linha argumentativa, as listas públicas de medicamentos, elaboradas no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, não podem ser desconsideradas pelos juízes nas demandas individualmente ajuizadas, sob pena de patente violação à ponderação realizada pelo Constituinte, com sério e preocupante impacto negativo no desenho institucional traçado e estruturado pela Constituição da República.

Desse modo, a interferência judicial em demandas individuais para fins de fornecimento de medicamentos por parte do Estado deverá se restringir às hipóteses em que verificada omissão estatal no fornecimento de fármaco integrante das listas de medicamentos do Sistema Único de Saúde – SUS.

Outra proposta a ser levada em consideração diz respeito à necessária (des)introversão da socialidade. Deve-se operar a dinamização dos direitos sociais com a revisão do esquema de visão unilateral desses direitos, baseado na ideia de um direito

prestacional cujo titular passivo é unicamente o Estado. Por isso se quer dizer que já é hora de encarar os direitos fundamentais sociais em geral, e o direito à saúde em especial, como um verdadeiro dever da sociedade (e não só do Estado). Com isso, traz-se à baila a ideia de responsabilidade compartilhada, entendendo-se que nas obrigações positivas todos os beneficiários são responsáveis – já que não há bônus sem ônus.

Pode-se, então, defender a participação do indivíduo e da família no custeio de medicamentos. Antes de se discutir a obrigação prestacional por parte do Estado, mister que seja perquirido acerca da possibilidade econômica e social do indivíduo e de seus parentes próximos em arcar com o pagamento do medicamento cujo fornecimento se pleiteia na via judicial – obedecidas as regras legais atinentes à obrigação alimentar em decorrência do parentesco.

Para dar efetividade prática a esse entendimento, mister exigir que a petição inicial faça expressa menção às condições econômicas e sociais do postulante e de sua família, indicando, ainda, preferencialmente com prova documental, qual o custo, no mercado particular, da aquisição do medicamento objeto da lide. Com isso já se permite, em sede de cognição sumária, uma análise da hipossuficiência econômica do indivíduo e de seu grupo familiar. Depois, durante a fase instrutória, deve ser aprofundada a cognição, com a realização de estudo socioeconômico.

Nessa mesma fase, deve o juiz determinar a produção de prova pericial – cujos objetivos são de duas ordens distintas. O primeiro objetivo é o de verificar a adequação da medicação perseguida à patologia que acomete o paciente-demandante, bem como, investigar se o fármaco postulado integra as políticas públicas de fornecimento de medicamentos do Sistema Único de Saúde – SUS, estando incluído nas mencionadas listas públicas. O segundo liga-se à verificação da necessidade de emprego do medicamento para o tratamento do mal apresentado pelo paciente.

Preenchidos os parâmetros sugeridos para as demandas individuais, caberá ao Poder Judiciário proferir ordem obrigando o ente federativo a proceder ao fornecimento gratuito do medicamento em prazo razoável, a qual, todavia, não poderá adotar o nome comercial do medicamento. Deverá, por questão de imposição legal e por motivos de ordem prática, adotar o princípio ativo do medicamento, representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB).

Dessa determinação também deverá constar a exigência de uma contracautela – especialmente nos casos de tratamento de doença crônica dependente de

tratamento farmacológico contínuo e sem prazo definido. Em casos tais, deverá ser exigido que o demandante apresente ao respectivo ente federativo, em intervalos de tempo fixos e determinados, receita médica que comprove a sua necessidade de continuidade de recebimento do fármaco, sob pena de revogação da decisão judicial concessiva.

De outra parte, apesar do Poder Judiciário não poder rever as escolhas democraticamente realizadas pelos poderes públicos em sede de demandas individuais, mostra-se possível o controle das políticas públicas de fornecimento de medicamentos nas demandas coletivas. Tal possibilidade de controle inclui a permissibilidade de revisão das listas públicas de medicamentos pelo Poder Judiciário em sede de ações coletivas, a qual, no entanto, é certamente excepcional.

Porém, deve-se atentar para o fato de que o medicamento a ser incluído nas listas públicas via ações coletivas deva ser necessariamente registrado no Brasil, o que se dá mediante aprovação junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Consequentemente, exclui-se a possibilidade de inclusão de medicamentos experimentais e/ou alternativos. Cumpre assinalar, ainda, que as determinações judiciais contidas em sede de demandas coletivas também deverão adotar o princípio ativo do medicamento representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB).

Com a inclusão do novo medicamento nas listas públicas pela via judicial, passará ele a integrar as políticas públicas de fornecimento de fármacos, daí porque haverá que ser reconhecido o direito subjetivo do paciente em pleitear esse medicamento em uma demanda individual em caso de eventual negativa de seu fornecimento por parte da Administração Pública, desde que, é claro, estejam preenchidos os parâmetros já explicitados em relação às demandas individuais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *¿Un neofederalismo?* In: ELSTER, Jon. *Constitucionalismo y democracia*. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/bioequivalencia/historico.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação de hipossuficiência. In: ASSIS, Araken de. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. 1. ed. Porto Alegre: Notadez, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES; José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: *Revista de direito do Estado*, n. 3, 2006.

BARRETTO, Vicente. *Reflexões sobre os direitos sociais*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In:

MARTEL, Leticia de Campos Velho (org). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 23/3/2010.

_____. _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Dos direitos sociais aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça, DJU 2 fev. 2004, Suspensão de Tutela Antecipada n. 59/SC, Rel. Min. Nilson Naves.

_____. _____. Supremo Tribunal Federal, DJU 14 fev. 2007, Suspensão de Segurança n. 3.073/RN, Rel. Min. Ellen Gracie.

_____. _____. _____. Supremo Tribunal Federal, DJU 5 mar. 2007, Suspensão de Tutela Antecipada n. 91/AL, Rel. Min. Ellen Gracie.

_____. _____. _____. _____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2472-8, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 11/11/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14/12/2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e os “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo; RT; Coimbra: Coimbra editora, 2008.

_____. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo; RT; Coimbra: Coimbra editora, 2008.

CASS, Sustain R.; HOLMES, Sthepen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: WW Norton & Company, 1999.

CENTRO DE ESTUDOS AUTOMOTIVOS – CESVI BRASIL. Disponível em: <www.cesvibrasil.com.br/seguranca/biblioteca_dados.shtm>. Acesso em: 10/12/2010.

CHIEFFI, Ana Luiza; Barata, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 44, n. 3, jun. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CUNHA J.R, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CURREA-LUGO, Víctor. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos – La salud como derecho humano*. n. 32. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005.

CYRILLO, Denise C; CAMPINO, Antonio Carlos C. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERNANDEZ, Eusebio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: RT, 2001.

FERRAZ J.R, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GANDINI, João Agnaldo Donizete; BARIONE, Samantha Ferreira; e SOUZA, André Evangelista. Judicialização do direitos à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1982.

GARGARELA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/população/tabuadevida/2009/ambossexos.pdf>. Acesso em: 10/12/2010.

LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Larissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Aula expositiva ministrada no curso de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá em Chapecó*, 2010.

_____. _____. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. _____. _____. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. _____. _____. _____. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEÓN ALONSO, Marta. *La protección constitucional de la salud*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2010.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LINS, Andrea Carla Veras. A produção da prova, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais individuais: uma visão pragmática. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. 1. ed. Porto Alegre: Notadez, 2007.

LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARMELSTEIN, George. *50 anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão do pós-guerra*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 3/8/2010.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; e LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro. In: *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, mar./abr. 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1000>. Acesso em: 18 nov. 2010.

NASCIMENTO, Rogério Bento do. A efetivação do direito fundamental de acesso à saúde. *JurisPoiesis*, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, n. 11, p. 305, jan./dez. 2008.

NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o poder público e judiciário para a tomada de decisão: potencialidade e limitações. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

ORTEGA, Francisco. *O corpo incerto: corporeidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís

Roberto (coordenador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

PISARELLO, Geraldo; MORALES, Aniza García; DÍAZ, Amaya Olivas. *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y limites*. Albacete: Editorial Bomarzo S. L., 2009.

PIZA, Paulo Toledo. Fraude com remédios desvia R\$ 63 mi e deixa 3 pessoas tuberculosas em SP. *Folha de São Paulo*. São Paulo. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u440243.shtml>. Acesso em: 13/12/2010.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROIG, María José Añón; AÑÓN, José Garcia (org). *Leciones de derechos sociales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

SAKURAI, Sergio Naruhiko; TONETO JR., Rudinei; e GREMAUD, Amaury Patrick. Emenda constitucional n. 29/2000: influência sobre a execução orçamentária dos Estados e municípios brasileiros em saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Algumas considerações sobre o conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 10, janeiro/2002.

SCHWART, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 16/4/2010.

SOARES, Hector Cury. *O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos e políticas públicas: tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7748>. Acesso em: 10/12/2010.

SOUZA, Hórtis Aparecido de; SANTOS, José Sebastião dos; e UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. À guisa de prefácio: A revolução copernicana do (e no) direito à saúde. In: LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. _____. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense, 1991.

TERRA, Osmar Gasparini. [out. 2005]. Entrevistador: Luiz Gustavo Lovato. A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. 1. ed. Porto Alegre: Notadez, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. _____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Aula expositiva ministrada no curso de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá em Chapecó*, 2009.

_____. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno*. In: Interesse público, v. 48, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais do século XXI*. Disponível em: <www.georgemlima.xpg.com.br/andrade.pdf>. Acesso em: 24/3/2010.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 42, n. 2, abr. 2008.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos. In: *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, abr. 2007.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Tradução de Geraldo de Carvalho. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZÚNIGA URBINA, Francisco. Activismo judicial versus garantismo procesal y tribunal constitucional. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Larissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.