

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITARIO DO RIO GRANDE DO NORTE - UNIRN
CURSO DE DIREITO

DAYANA GABRIELLA FIDELIS DE SOUZA

**PARÂMETROS DE JUDICIALIZAÇÃO
NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

NATAL / RN
2012

DAYANA GABRIELLA FIDELIS DE SOUZA

**PARÂMETROS DE JUDICIALIZAÇÃO
NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte
como, requisito final para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Alan Dias Barros

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Souza, Dayana Gabriella Fidelis de.

Parâmetros de judicialização no fornecimento de medicamentos de alto custo/ Dayana Gabriella Fidelis de Souza. – Natal, 2012.
108f.

Orientador: Prof. Dr. Alan Dias Barros.

Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito – Saúde – Monografia. 2. Sistema Único de Saúde – Monografia. 3. Judicialização – Monografia. I. Barros, Alan Dias. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 34:614

BIBLIOTECA UNI-RN

34:614 S719p - RB: 37595 (M002147)

Título: Parâmetros de judicialização no ...

Autoria: Souza, Dayana Gabriella Fidelis de
2012, ex. 1

DAYANA GABRIELLA FIDELIS DE SOUZA

**PARÂMETROS DE JUDICIALIZAÇÃO
NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte
como, requisito final para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Alan Dias Barros

Aprovado em: 27/07/2012

BANCA EXAMINADORA

Prof.. Alan Dias Barros
Orientador

Prof. Esp. Alan Dias
Examinador (a) Titular

Prof. Esp. Andréa Mussato
Examinador (a) Titular

Prof. Esp. Diego Cabral
Examinador (a) Titular

Dedico este trabalho, primeiramente, a Sagrada Família,
a minha Mãe Jailda, que nunca deixou de me apoiar,
a toda minha família, em especial irmã e tias maternas,
que me compreenderam e auxiliaram em muitos momentos complexos,
e a todos os meus professores, principalmente, nestes últimos 5 anos,
seja da UFCG – CCJS, seja da UNIRN.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente por este trabalho a meu orientador Prof. Alan Dias Barros pela paciência e dedicação, coordenador que cumpriu com louvor o seu dever institucional participando veementemente na minha mediação e aproximação acadêmica com a instituição UNIRN.

Agradeço também aos meus colegas da turma da UNIRN pela colaboração em todos os momentos da construção deste trabalho, e aos colegas que se formaram também no período que cursei na UFCG – CCJS.

Hino da Campanha da Fraternidade 2012
Letra: Roberto Lima de Souza¹;

1. Ah! Quanta espera, desde as frias madrugadas,
Pelo remédio para aliviar a dor!
Este é teu povo, em longas filas nas calçadas,
A mendigar pela saúde, meu Senhor!

Tu, que vieste pra que todos tenham vida, (Jo 10,10)
Cura teu povo dessa dor em que se encerra;
Que a fé nos salve e nos dê força nessa lida, (Mc 5,
34)
E que a saúde se difunda sobre a terra! (Cf Eclo 18,8)

2. Ah! Quanta gente que, ao chegar aos hospitais,
Fica a sofrer sem leito e sem medicamento!
Olha, Senhor, a gente não suporta mais,
Filho de Deus com esse indigno tratamento!

3. Ah! Não é justo, meu Senhor, ver o teu povo
Em sofrimento e privação quando há riqueza!
Com tua força, nós veremos mundo novo, (Cf Ap 21,1-7)
Com mais justiça, mais saúde, mais beleza!

4. Ah! Na saúde já é quase escuridão,
Fica conosco nessa noite, meu Senhor, (Cf Lc 24,29)
Tu que enxergaste, do teu povo, a aflição
E que desceste pra curar a sua dor. (Cf Ex. 3,7-8)

5. Ah! Que alegria ver quem cuida dessa gente
Com a compaixão daquele bom samaritano. (Lc. 10,25-37)
Que se converta esse trabalho na semente
De um tratamento para todos mais humano!

6. Ah! Meu Senhor, a dor do irmão é a tua cruz!
Sê nossa força, nossa luz e salvação! (Cf. Sl. 27,1)
Queremos ser aquele toque, meu Jesus, (Cf. Mc. 5,20-34)
Que traz saúde pro doente, nosso irmão!

(Campanha da Fraternidade 2012 "Fraternidade e saúde pública" "Que a saúde se difunda sobre a terra!" Eclo, 38,8)

¹ Roberto Lima de Souza – Natalense graduado em Direito, mestre em Lógica e Filosofia da Ciência pela Unicamp e doutor em Filosofia, na Bélgica; já foi vice-diretor do CCHLA, da UFRN; fundador do Departamento de Artes da UFRN; foi diretor administrativo da Emprotur; chefe da Casa Civil do Estado, e um dos consultores para a criação da Central do Cidadão. Foi secretário de Administração da Prefeitura do Natal, tendo sido coordenador da implantação do Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos dos servidores municipais. É artista, compositor, músico instrumentista tendo conquistado prêmios.

RESUMO

Abordam-se os parâmetros da judicialização da saúde referentes aos medicamentos de alto custo, como reflexo do entendimento do direito fundamental à saúde garantido na Constituição Federal de 1988 e no Estado Democrático de Direito. A análise se perfaz dentro da perspectiva de entrega de fármacos de alto custo através do Sistema Único de Saúde – SUS como reflexo da dignidade da pessoa humana nos casos em que se comprova judicialmente um indispensável tratamento medicamentoso, a não disponibilidade justificada em âmbito do SUS e a ausência de capacidade econômica para custear o tratamento indispensável para manutenção da saúde. Através da dialética do tema, a metodologia utilizada foi de pesquisa bibliográfica, com uso de informações pertinentes em jurisprudências, legislação, doutrina e na experiência acadêmica de campo na prática de estágio na Defensoria Pública da União do Estado do Rio Grande do Norte, órgão que através da advocacia vem crescentemente prevendo litígios de saúde, demandas que discutem a ineficiência do Poder Público na prestação de serviços capazes de proporcionar acesso igualitário, universal e eficiente à saúde. Conclui-se que o Poder Judiciário é órgão legítimo para promover a defesa do direito fundamental à saúde ao solucionar lides a fim de alcançar os melhores resultados na solução imediata na promoção eficaz da saúde, ao expandir os resultados positivos já alcançados e beneficiar cidadãos que se encontram com seu direito fundamental à saúde através da entrega de medicamentos de alto custo ameaçado por ineficiência ou inércia injustificada do Poder Público.

Palavras-chave: Direito à saúde. Sistema Único de Saúde. Judicialização na Saúde.

ABSTRACT

It addresses the parameters of health judicialization related to high cost medications, as reflection of the understanding of fundamental rights to health guaranteed in the Federal Constitution of 1988 and in the Democratic State of Law. The analysis is made in the perspective of high-cost drugs delivery through the Sistema Único de Saúde (National Health System) - SUS as a reflection of dignity of the human being in the cases where is proved in courts an indispensable drug treatment, the non-availability justified in the SUS context and absence of economic capacity to defray the indispensable treatment needed to health maintenance. Through the dialectic of the subject, the methodology used was a literature research, using relevant case law information, legislation, doctrine and academic experience in field practice internship at the Defensoria Pública da União (Union Public Defenders) of the Rio Grande do Norte State, an organ that through advocacy is increasingly providing health care disputes, demands that discuss the inefficiency of the Government in the services provision capable to provide equal access, universal and efficient to health care. It is concluded that the Judiciary Power is legitimate organ to promote the defense of the fundamental right to health when solve litigations in order to achieve the best results in immediate solution in the effective health promotion, by expanding the positive results already achieved and benefit citizens who meets its fundamental health rights through the delivery of high-cost medications threatened by inefficiency or unjustified inaction of the Government.

Keywords: Health Rights. Sistema Único de Saúde (National Health System). Health Judicialization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL.....	13
2 1 Estado Liberal.....	13
2 2 Estado Social.....	18
2 3 Estado Democrático de Direito.....	21
3 AS PRINCIPAIS PREVISÕES DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS.....	25
3 1 Distinções necessários.....	25
3 2 As Declarações de Direitos.....	28
3 2 2 Norte-Americana.....	28
3 2 3 Francesa.....	29
3 3 Constituição Mexicana (5 de fevereiro de 1917).....	31
3 4 Constituição de Weimar (1919).....	33
3 5 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).....	34
3 6 Pactos Internacionais da ONU (1966).....	37
3 7 Constituição Brasileira (1988).....	40
4 O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	42
5 DIREITO A SAÚDE.....	52
5 1 O DIREITO A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	52
5 2 A POLITICA DE DISPERSÃO MEDICAMENTOSA.....	60
6 PARAMETROS DE JUDICIALIZAÇÃO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....	66
6 1 INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.....	69
6 2 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	75
6 3 DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	78

6 4	DA PROIBIÇÃO DOS EXCESSOS.....	82
6 5	DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.....	83
6 6	PROPORCIONALIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA.....	84
6 7	IGUALDADE E UNIVERSALIDADE.....	85
6 8	LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.....	86
6 9	FEDERALISMO (SOLIDARIEDADE X SUBSIDIARIEDADE).....	90
6 10	A GARANTIA DO CONTEÚDO MÍNIMO ESSENCIAL.....	92
6 11	O MÍNIMO EXISTENCIAL: ANÁLISE DO DIREITO A PRESTAÇÕES MÍNIMAS EM SAÚDE.....	95
7	CONCLUSÃO.....	102
	REFERÊNCIAS.....	105

1 INTRODUÇÃO

Este estudo fará análise das principais nuances da Judicialização de Medicamentos de Alto Custo, como reflexo da predominância da Dignidade da Pessoa Humana e do dever institucional do Poder Judiciário de atuar na defesa e proteção de direito fundamental social, como a saúde.

O conteúdo das normas de Direito à Saúde deve respeitar o tipo de interpretação que o Estado faz sobre os direitos sociais. Com isso, comenta-se o surgimento histórico e legal do Estado de Direito, as principais previsões de direitos sociais fundamentais, o regime jurídico brasileiro dos direitos fundamentais sociais, o reconhecimento do Direito à Saúde na Magna Carta de 1988, que legitima a política de dispersão de medicamentos de alto custo como política pública indispensável para promover o direito a saúde e vida digna dos cidadãos.

A presente análise justifica-se devido os vários questionamentos confusos que, vez por outra, a população faz em relação ao tema, diante dos avanços das relações humanas e da importância que a Dignidade da Pessoa Humana tem para a propagação da justiça.

O problema que enseja nesta monografia é o questionamento da existência de parâmetros de judicialização de medicamentos de alto custo como mecanismos suficientes para garantir que os provimentos judiciais absorvam todas as questões que asseguram a posição legítima do Poder Judiciário, quando há reclames pela ausência ou insuficiência das providências adotadas pelo Poder Público na área que a saúde mais primária.

Neste sentido, a partir do exposto, reforça-se a importância e relevância da presente pesquisa para defender que o respeito do Direito à Saúde reclama atuação enérgica do Estado na política de saúde, contribuindo para que o Estado e a Sociedade relacionem-se num sistema que busca preservar a Dignidade da Pessoa Humana, o que promove a equidade de carências, demanda e constituição de direitos.

No desenvolvimento da pesquisa será utilizado o método dialético, dedutivo, com as técnicas da pesquisa bibliográfica e do uso de fontes legais, doutrinários e jurisprudenciais.

Conclui-se que a ordem constitucional almeja respostas jurídicas atuais para a valoração dos direitos fundamentais sociais, que, dentre os maiores desafios, pode-se destacar a política pública de dispersão medicamentosa de alto custo, um modo de respeito à efetividade determinada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao direito a saúde fundamental social, sendo o Poder Judiciário legítimo para concretizar o Direito à Saúde determinado.

2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

2.2 ESTADO LIBERAL

O tema da efetividade dos direitos sociais, dentre eles o direito a saúde, esta, mais do que nunca, em debate em várias searas sociais. O investimento do histórico surgimento dos direitos sociais, sua positivação atrelada ao modelo de Estado adotado, justifica-se no sentido de afastar qualquer negação à realização de todos os direitos sociais a todos as pessoas, como reflexo da dignidade da pessoa humana, ultima instância do atual Estado de Direito Democrático.

Conforme Saraiva (2009), no Estado Moderno existia uma personificação das funções do Estado no monarca ao ponto de o mesmo declarar-se que o Estado era ele próprio. O rei era o centro das decisões políticas e administrativas e dirigia a sociedade a seu próprio talante, concentrando em suas mãos todo o poder político, contemplando apenas duas classes reconhecidas: a nobreza e o clero.

A tentativa de mudanças estruturais na sociedade francesa ocorreu quando o terceiro Estado (povo e burguesia) desenvolveu um trabalho de conscientização que demandava coragem para que as forças marginalizadas, mais numerosas e mais fortes, pudessem vencer a monarquia insensível aos clamores populares e imensos problemas, que perpetuavam a fome e a miséria, entre outros (SARAIVA, 2009).

Sobre tal período revolucionário, que marca a passagem do Estado de arbítrio para o Estado de Direito, Saraiva (2009, p. 34, 35) registra:

Atraída pela corrente revolucionária, que tinha no Abade Sieyès um dos seus mais ferrenhos panfletários, a multidão destronou a Bastilha, no dia 14 de Julho de 1789, derruindo, assim, a prisão mais célebre do reinado de Luiz XVI e Maria Antonieta, proclamando a boa nova que se resumia no hino da vitória: *Alons, enfants de la patrie, le jour de glorie est arrivé*. Estava vencida a Monarquia Absoluta. Era vencedor o povo, ou, mais claramente, o Terceiro Estado. Estava o rei substituído pela Nação. Urgia, pois, o estabelecimento das medidas iniciais que pudessem transfigurar a face do falecido Estado, a fim de que surgisse um outro, mas consentâneo com as necessidades da época. Um Estado que tivesse como centro, não o rei, mas a lei. *Passa-se então, do L'état c'est moi para o L'état c'est la loi*.

É o início do movimento convencionado doutrinariamente de Constitucionalismo, que marca o surgimento do Estado Constitucional, fomentados a

partir da Revolução Francesa, que gerou, basicamente, instrumentos constitucionais escritos para conter os arbítrios, elegendo o povo como titulares legítimos do poder, sendo marcos históricos importantes de tal movimento: a edição de Constituições das colônias americanas, que se tornaram estados soberanos, e as Constituições Francesas de 1791 (que teve como preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), de 1793, de 1795 e de 1799 (SARAIVA, 2009).

A transição das monarquias absolutistas para os Estados Liberais de Direito fez com que os Estados passassem a adotar constituições escritas no decorrer do século XVIII. Ferreira Filho (*apud* Serrano, 2009, p. 12) ensina que a finalidade do Estado Liberal de ser regido com constituições escritas, que se orientavam em adotar uma divisão orgânica e territorial do poder e também de veicular enunciados assecuratórios das liberdades individuais, objetiva limitar o poder estatal, quer seja pelo reconhecimento de direitos individuais oponíveis em face do próprio Estado, quer seja por meio da ideia de separação dos poderes; as quais, com antecedentes em Aristóteles e em Locke, consagraram-se na formulação de Montesquieu, segundo a qual importava, essencialmente, em “distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade ou, ao menos, preponderantemente”.

Nas lições de Canotilho (2011), em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Essa ideia de vários constitucionalismos permite recordar desde já a noção básica de constitucionalismo: é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.

Serrano (2009), fazendo uma espécie de contraponto sintético, afirma que tais movimentos se destacavam por pregar a liberdade individual em oposição aos excessos e abusos do poder, invocando a intransponível necessidade de não-intervenção estatal (absenteísmo) nesta matéria (os, doutrinariamente denominados, direitos de primeira geração).

Conforme Bonavides (2010) os direitos da primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, a

saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, aos tradicionais direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os direitos fundamentais de primeira geração traduzem as chamadas cláusulas limitativas do Estado, voltadas a fixar os limites da atuação estatal diante das liberdades do indivíduo, dos quais são exemplos o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, etc. Trata-se de direitos que representam uma ideologia de separação do Estado das relações individuais e sociais, devendo o Estado apenas ser o guardião das liberdades, permanecendo distante de qualquer interferência no relacionamento social (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2008).

Canotilho (2011) conceitua “constitucionalismo moderno” como o movimento político, social e cultural que, a partir do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político; que, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, ao conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. E esse constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada “constituição moderna”, que corresponde a uma ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.

No século XVIII, ocorreu a transição das monarquias absolutistas para os Estados Liberais de Direito, em um movimento político de cunho iluminista que fez surgir o Liberalismo.

Canotilho (2011) adverte que o Liberalismo engloba tanto o Liberalismo político, associados aos direitos humanos e a da divisão de poderes; quanto o Liberalismo econômico, centrado em uma economia de mercado livre (capitalista).

No constitucionalismo liberal, segundo as lições de Canotilho (2011) costumava-se fomentar a criação de constituições exaltantes dos direitos individuais do homem. As noções de indivíduo, elevado à posição de sujeito unificador de uma nova sociedade, manifesta-se fundamentalmente de duas maneiras: a primeira, acentua o desenvolvimento do sujeito moral e intelectual livre; a segunda, parte do desenvolvimento do sujeito econômico livre no meio livre de concorrência. Explica

ainda o autor que a consideração do indivíduo como sujeito da autonomia individual, moral e intelectual (essência da filosofia das luzes), justificará a exigência revolucionária da constatação ou declaração dos direitos do homem, existentes, a *priori*.

Nesse mesma linha interpretativa, Saraiva (2009) corrobora que o Liberalismo não é somente um comportamento político, mas também, uma postura filosófica, que busca a explicação do homem por meio de uma das suas prerrogativas: a liberdade. Nesse sentido, o autor defende que ao invés do comando da pessoa, transita-se para o comando da lei, surgindo daí, o princípio basilar do Estado Liberal: a legalidade. Nesse sistema, a teoria dos três poderes, consolidada por Montesquieu, vai iluminar o Estado Liberal, coibindo o arbítrio dos governantes e oferecendo segurança jurídica para os governados.

Ao reconhecer que o Estado Liberal é o Estado legalmente contido, denominado também de Estado de Direito, Saraiva (2009) explica que no campo político, o Estado Liberal consagra o sistema representativo popular, a democracia parlamentar e o respeito à lei, como técnica de combate a tirania. Argumenta ainda tal autor que já a esfera econômica no contexto liberal se manifesta através da preservação da propriedade privada e da riqueza individual, repudiando qualquer forma de intervencionismo estatal.

Sobre a composição do Estado de Direito, Mario Justos López (*apud* Saraiva, 2009) defende que apresentava uma finalidade personalista ao já preterir, de certo modo, a dignidade da pessoa humana através dos seguintes meios principiológicos: o político (soberania do povo, não se permitindo que um o indivíduo ou um grupo de indivíduos possa ter por direito próprio à faculdade de reger a comunidade); e o jurídico (através do império da lei como condução da comunidade de acordo com as normas a que devem sujeitar-se os ocupantes dos cargos ou funções de governo e não de acordo com a sua livre vontade).

Essa concepção faz o Estado de Direito se caracterizar através das seguintes premissas: primazia da lei; sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; observância obrigatória da legalidade pela administração pública; separação dos poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; reconhecimento da personalidade jurídica do Estado,

que mantem relações incorporados à ordem constitucional; em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo (MORAES, 2009, p. 5).

Como técnicas jurídicas do sistema no Estado Liberal, Mario Justos López (*apud* Saraiva, 2009) menciona o fato de haver a supremacia da Constituição (entre as quais inclui as declarações de direitos e as normas jurídicas fundamentais); a ocorrência de distinção entre o poder constituinte e poderes constituídos (rigidez constitucional); a divisão orgânica e funcional entre os poderes constituídos; a independência do Poder Judiciário; a designação por eleição de titulares do poder constituinte e dos poderes constituídos, mediante competência pacífica normativamente regulada; e o controle da atividade dos órgãos estatais e institucionalização da oposição.

No Estado Liberal os Estados devem estar formalmente submetidos a uma Constituição. A Constituição era tida como um documento formal estruturante do Estado, voltado a demarcar a separação orgânica dos poderes e assegurar liberdades, por meio da constitucionalização formal dos direitos e garantias individuais. Estes, denominados de direitos fundamentais de primeira geração, imperavam em tal período num o formalismo jurídico, que direcionava o Estado para um cumprir regular das leis, ao ponto que apenas se exigia do interprete uma atuação racional e neutra, promovendo uma igualdade perante a lei, meramente formal. Com o passar dos tempos, percebe-se que a abstenção do Estado, ao lado da apregoada liberdade individual e econômica, provoca o surgimento de uma sociedade desigual e injusta, um Estado de uma essência autoritária, tendo em vista que a Constituição, no Estado Liberal, basicamente se preocupava em garantir direitos de liberdade e propriedade, como esteio de uma economia de livre mercado, sem qualquer conteúdo político ou social. (SERRANO, 2009).

Além de tal conjuntura, o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que o acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do 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. (SARLET, 2004)

As necessidades sociais, evidenciadas pela Revolução Industrial e, posteriormente, pelos movimentos socialistas, demonstraram que não bastar ao ser humano o atributo de Liberdade, mas a própria condição de usufruir dessa liberdade, ou seja, a condição socioeconômica capaz de admiti-la como pessoa humana. Assim, "a posição abstenteísta do Estado não acompanhava a marca do tempo, de que o proletariado, nova classe social, começava a impor sua vontade, através de atitudes inusitadas, proclamadoras de uma desconhecida verdade histórica" (SARAIVA, 2009, p. 37).

Nesse diapasão, com se apregoa as lições de Serrano (2009), entende-se que os princípios liberais, contudo, não foram suficientes para conter as crises sociais e garantir as exigências coletivas, propiciando graves desigualdades sociais, o que levou ao seu declínio, à crise do Estado Liberal.

Surgem, assim, a partir do século XIX, várias doutrinas sociais, defendendo a intervenção do Estado na ordem econômica para a realização de direitos sociais: o constitucionalismo social.

2.2 ESTADO SOCIAL

A partir da Revolução Industrial e dos movimentos de afirmação democrática, conforme Canela Junior (2011), houve uma paulatina transição do Estado Liberal para um Estado de cunho social provocando a alteração substancial quanto à concepção de Estado e de sua finalidade, por alterar o paradigma de reconhecimento meramente formal dos direitos fundamentais, vinculando os poderes estatais ao cumprimento de programas de implementação desses direitos.

Modesto Carvalhosa (*apud* Saraiva, 2009) conclui assim que existiu uma inserção do Estado Social no Estado de Direito como meio de, não só garantir a liberdade humana, no binômio Estado-Indivíduo, mas ainda de interferir, se necessário, para a manutenção dos direitos individuais. Nesse sentido, à concepção do Estado de Direito foi acrescida a ideia de que ao Estado não cabe não tão-somente dispor formalmente sobre direitos e garantias individuais, como também intervir normativa, administrativa e operacionalmente, visando a concretamente tutelar as prerrogativas individuais.

O Constitucionalismo, que nasce de uma concepção liberal, com a finalidade precípua de limitar a atuação e o poder estatal, protegendo direitos fundamentais individuais, transforma-se, com a crise do Liberalismo e a necessidade de construção e efetivação de direitos sociais, no início do século XX, no constitucionalismo social, exigindo-se, agora, do Estado, não mais abstenção, e sim uma atuação efetiva, especialmente na ordem social (SERRANO, 2009).

Tendo como essência a preocupação com as necessidades do ser humano como reflexo da evolução da dignidade humana, o Estado, em vez de se abster-se, deve fazer-se presente mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida, através de uma atividade prestacional no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2008).

No Estado Social, de uma conduta meramente negativa e passiva, o Estado assume, também, uma conduta proativa, nascendo com isso outros direitos, não concebidos pelo Estado Liberal, denominados doutrinariamente como os direitos fundamentais sociais, direitos de segunda geração ou os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, “que protegem os determinados bens da vida, cuja garantia, segundo o consenso internacional, diminuir os níveis de miséria, promovendo a igualdade substancial entre os homens” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 53).

Sobre a concepção da igualdade substancial entre os homens que repousa numa ação Estatal que promova igualdade formal e uma igualdade material, Canela Junior (2011) informa que a edição de normas na busca da igualdade formal é uma tarefa política, que não significa interferência no orçamento do Estado, diferentemente da consecução da igualdade material, que exige, para a redução dos níveis de miséria, a estruturação das áreas de atuação dos direitos fundamentais sociais e o dispêndio expressivo de recursos, em uma cadeia de atos extremamente complexos.

Nas lições de Dimoulis e Martins (2009), a categoria dos direitos sociais engloba direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de status negativos. As prestações estatais podem ser de suas espécies: prestações

normativas (criação de normas jurídicas que tutelam interesses individuais) e prestações materiais (de oferecimento de bens ou serviços para pessoas que não podem adquiri-los no mercado e de oferecimento universal de serviços monopolizados pelo Estado).

De acordo com as lições de Saraiva (2009), a visão histórica do advento do Estado Social corresponde à análise das bases ideológicas do paralelo estabelecido entre Rousseau e Marx. Explicando o argumento, defende que a teorização do Estado Social deve a ambos um legado inestimável, tendo em vista que embora percorram caminhos diferentes, pois enquanto Marx condena de modo violento os erros capitalistas, propugnado pela brusca da reforma social, Rousseau procurava instrumentalizar a sociedade através da audiência popular, fornecendo legitimação ao exercício do poder, os dois reformadores políticos buscam um mesmo objetivo: a igualdade humana. Nesse sentido, tais reflexões contribuíram para consolidação da ideia que não pode haver Estado Social sem a participação do povo no processo político, assim também sem a correta distribuição de riqueza nacional.

Tais considerações permitem entender Silva (1988), ao afirmar que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito, quer como Estado Social de Direito, nem sempre se caracteriza por um Estado Democrático.

A conceituação do Estado Social promovida por Saraiva (2009) esclarece o sentido de que o Estado Social, na versão democrática, corresponde ao aperfeiçoamento do Estado Liberal, no seu prosseguimento natural. Assim, o Welfare State concretiza-se pela intervenção cada vez mais crescente e pela ampliação do campo de domínio estatal.

Quando à garantia de direitos de cunho individual, que limitam a atuação estatal não mais bastam para os atuais anseios sociais, Serrano (2009) afirma que surgem assim os direitos fundamentais denominados de segunda geração, que correspondem aos direitos que revelam a busca da realização de uma efetiva democracia social, tais como direito a saúde e educação, além de liberdade de sindicalização, direito de greve.

Objetivando dotar o ser humano de condições mínimas necessárias ao exercício de uma vida digna, os direitos fundamentais de segunda geração são direitos protetivos do individuo diante das necessidades materiais, aqueles

predispostos a medidas compensatórias das desigualdades sociais, objetivando, em última análise, propiciar vida digna a todos (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2008).

Após as grandes guerras, decorrentes das disputas de concorrência das grandes potências, em clima de exaltação ao nacionalismo, e de movimentos que pregavam a democracia representativa, Serrano (2009) leciona que a luta por constituições sociais se intensificou em diversos pontos da Europa, e até fora dela, constituições que colocam em destaque e essencialidade aos direitos fundamentais, com intuito de assegurar a justiça social e a dignidade da vida humana.

Contudo, as bases do chamado Estado Social de Direito – no qual a expressão social sinaliza para o propósito de corrigir/superar o individualismo clássico do caráter liberal pela afirmação dos direitos sociais, com a consequente realização da justiça social e autêntica participação democrática do povo no processo político –, não obteve êxito em tornar realidade tal exigência de justiça social e de dignidade da vida humana, verificando-se consequentemente a necessidade de formulação de outro modelo de Estado de Direito, em cujo âmbito fossem dialeticamente incorporadas/superadas as conquistas da chamada democracia social, tendo em vista que, resumidamente, o Estado Social de Direito não conseguiu realizar a desejada e sempre prometida democratização econômica e social, a economia do gênero humano proclamadas pelos entusiastas do neocapitalismo (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Silva (1988) discorre que a democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o Estado de Direito, consequentemente, promoveu neste período a superação do Liberalismo, ao colocar em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática.

Nesse sentido, argumenta o crítico Elías Díaz (*apud* Branco; Coelho; Mendes, 2009) ocorreu o surgimento de um novo modelo de Estado, o Democrático de Direito, em cujo seio se realizaria a integralização conciliadora dos valores de liberdade e da igualdade, da democracia e do socialismo.

ass O Estado Democrático de Direito reúne assim os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo* (SILVA, 1988).

desa Explicando o Constitucionalismo Democrático, Silva (1988) discorre no sentido que é um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório no mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social, que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.

ludo O impacto tecnológico, o estado crônico de beligerância e o processo de descolonização do segundo pós-guerras e suas contundentes consequências, resulta em novas reivindicações fundamentais do ser humano, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais (SARLET, 2004).

É nessa conjuntura política, a partir da década de 60, como se depreende das lições de Canotilho (2011), que se iniciou o desenhar-se de uma nova categoria de direitos humanos, vulgarmente chamados direitos de terceira geração. Nessa perspectiva, explica o autor que os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. Estes últimos direitos pressupõem o dever de colaboração de todos os Estados e não apenas o atuar ativo de cada um e transportam uma dimensão coletiva justificadora de um outro nome de direitos em causa: direitos dos povos; por vezes são chamados de direitos de quarta geração.

dena Os direitos fundamentais de terceira geração surgem depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, convergindo na defesa da essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pesando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada, integrando no rol desses direitos o direito a paz no mundo, ao desenvolvimento econômico da humanidade e à comunicação (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2008).

Como explica Serrano (2009), os direitos fundamentais deixam de estar relacionados especificamente ao homem individual e passam a figurar relativamente

à sociedade, sob o enfoque da fraternidade e solidariedade; sendo denominados direitos de terceira geração, ligados à proteção da própria coletividade, ao meio ambiente, aos direitos sociais, ou econômicos (direitos coletivos e difusos).

Conforme pontua Bonavides (2010), a consciência atual de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a busca de outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade.

Das lições de Silva (1988), concebe-se que a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social, se fundando em uma legitimidade de Constituição rígida, emanada na vontade popular, que, dotada de supremacia, vincula todos os poderes e os atos deles provenientes, com garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional, respeitando princípio democrático e ainda garantindo vigência e eficácia dos direitos fundamentais.

Serrano (2009) formula que paralelamente à internacionalização dos direitos fundamentais, convém ressaltar que alguns autores defendem a existência dos direitos de quarta geração, especialmente Paulo Bonavides, que ao discorrer sobre os direitos de quarta geração, afirma que neste fim de século existe a globalização do Neoliberalismo, que se reflete também na teoria dos direitos fundamentais. Segundo ele, globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional, comportamento que faz introduzir na esfera da normatividade jurídica os direitos de quarta geração, que, alias, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. São direitos de quarta geração o direito a democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, que dependem da concretização da sociedade aberta do futuro, em uma dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência; completa Bonavides (2010, p. 572), nas seguintes palavras:

Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das gerações antecedentes como absorvem – sem todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que

ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, erradicar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico. Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, terceira e quarta geração não se interpretam, concretizam-se.

Da análise histórica do Estado Liberal ao Estado Social, depreendem-se das lições de Canotilho (2011), que a doutrina costuma afirmar que os direitos de primeira geração seriam os direitos de liberdade, os direitos das revoluções francesa e americana; os de segunda geração seriam os direitos democráticos de participação política; os direitos de terceira geração seria os direitos sociais e dos trabalhadores; e os de quarta geração seriam os direitos dos povos. Porém, adverte o mesmo Canotilho (2011) que há críticas doutrinárias pertinentes à natureza dada a estes direitos: o termo empregado leva a ideia de relevância e até de substituição dos direitos das primeiras gerações. Outra crítica seria o fato de tais direitos serem de todas as gerações, e também que os direitos dos povos não se tratam apenas de um direito com suporte coletivo, e sim o direito da humanidade, sendo o certo entender que a solidariedade já era uma dimensão dos direitos econômicos, sociais e culturais. Daí autores preferirem denominar em três dimensões de direitos do homem e não de três gerações.

Por tudo que foi explanado, sobrelevam os ensinamentos de Serrano (2009), quando afirma que a evolução dos direitos fundamentais acompanha o desenvolvimento do Direito Constitucional, por meio do denominado movimento constitucionalista, iniciado na época do Liberalismo, passando a social, o qual, agora, se depara com novos parâmetros, especialmente com o advento da União Europeia, que deflagrou a existência de Direito Constitucional comunitário, com a abertura das constituições de cada Estado, flexibilizando conceitos clássicos, como a soberania, o que ainda não se verifica em países periféricos e emergentes, como o Brasil.

3 AS PRINCIPAIS PREVISÕES DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

3.1 Distinções Necessárias

Inicialmente, no que concerne à terminologia e os conceitos adotados, é oportuno esclarecer que a doutrina costuma utilizar as seguintes expressões de forma heterônoma “Direitos do Homem”, “Direitos Humanos”, e “Direitos Fundamentais”, “Direitos Sociais”.

Os Direitos do Homem são os direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), sendo os direitos extraídos da própria natureza humana e daí ser caráter inviolável, atemporal e universal (CANOTILHO, 2011).

Já os Direitos Humanos são aqueles direitos, em uma concepção contemporânea, que reconhecem aos seres humanos direitos em unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam, decorrentes da força da concepção da dignidade humana, sob o plano internacional (PIOSEVAN, 2008).

Direitos Fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contudo em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram o caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULINS; MARTINS, 2009).

Nesse sentido, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições, nas quais foram reconhecidos e assegurados, e, além disso, não há dúvida que os direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representados por entes coletivos - grupos, povos, nações, Estado (SARLET, 2004).

Reconhecendo a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, os direitos fundamentais - positivados nas Constituições - concernem às pessoas como membros de um ente público concreto, ao passo que, os direitos humanos, referem-se ao ser humano como tal - pelo simples fato de ser pessoa humana - Hoffe (apud SARLET, 2004, p. 37). Outra distinção pertinente refere-se ao fato de o termo “Direitos Humanos” revelar um conceito de contornos mais amplos e

imprecisos que a noção de “Direitos Fundamentais”, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito, Perez Luno (apud Sarlet, 2004, p. 37).

Sintaticamente, a distinção entre as expressões ocorre nos seguintes termos: “Direitos do Homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “Direitos Humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “Direitos Fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). Reconhecer as diferenças, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que sucederam (SARLET, 2004).

Os “Direitos Sociais” inserem-se no conjunto dos Direitos Fundamentais e estes no tema global dos Direitos Humanos (FIGUEIREDO, 2007). O início da implementação dos direitos sociais coincidem com o surgimento do Estado Social, sob a influência de movimentos sociais que clamavam pela realização de novos direitos a serem suportados pelo Estado no intuito de fornecer de alguma forma uma proteção à classe operária, pobre e oprimida, e aos cidadãos marginalizados, que se encontravam no mundo fático e real em profundas desigualdades sociais gritantes, tudo sob as vestes da legalidade (SERRANO, 2009).

Os direitos sociais são direitos que marcantemente também ensejam pretensões positivas a serem realizadas pelo Estado, assumindo este o dever de fornecer prestações, por meio de uma atuação positiva. Como resultado das reivindicações de caráter social, na sequência do Estado Liberal, tais direitos pretendiam legitimar a verdadeira igualdade por meio de direitos que assegurassem um mínimo em condições materiais com vistas à concretização da justiça social (KELBERT, 2011).

A doutrina atual reconhece que os direitos sociais implicam ações positivas ou negativas (quando atuam como direitos de defesa, a exemplo de do direito de greve, direito de ferias, dentre outros), sendo predominantemente prestacionais (não exigindo contraprestação por parte dos beneficiários). São considerados direitos

sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, bem como a assistência aos desamparados. Como categoria e espécie dos direitos humanos, devem a eles serem aplicadas as mesmas características: a universalidade, a limitabilidade e a irrenunciabilidade, entre outros (SERRANO, 2009).

Sobre o surgimento dos Direitos Fundamentais Dimoulis e Martins (2009) afirmam que há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia, desenvolvido por volta do ano de 2000 a.c; quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana; e quem diga que se trata de uma concepção enraizada na teologia cristã, expressa no direito da Europa medieval.

No decorrer do século XVIII, ocorreu tanto a transição das monarquias absolutistas para os Estados Liberais de Direito, como também os Estados passaram a adotar constituições escritas objetivando, tanto estruturar a divisão orgânica e territorial do poder, como também vincular enunciados assecuratórios das liberdades individuais, a fim de limitar o poder estatal, quer seja pelo reconhecimento de direitos individuais oponíveis em face do próprio Estado, quer seja por meio da separação dos poderes (SERRANO, 2009).

Nesse diapasão, o Estado Moderno é condição básica para justificar a existência de direitos fundamentais, pois antes das Constituições Modernas, as pessoas eram consideradas membros de grandes ou pequenos coletivos subordinadas a tais coletivos (família, clã, feudo, reino) e privadas de direitos próprios. Com as Constituições Modernas, os indivíduos tornaram-se enquanto ser moral, independente, autônomo e não social, por força dos ideais de organização capitalista. Essa condição de indivíduos autônomos fez nascer o reconhecimento de direitos individuais: liberdade, igualdade, propriedade. Nesse sentido, a principal mudança com o nascer o reconhecimento de direitos individuais foi que o "indivíduo pôde fazer valer esses direitos tanto perante o Estado como perante a sociedade, já que a Constituição garante sua autonomia enquanto sujeitos de direitos". Nesse sentido, é a Constituição (texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos) que desempenha o regulamento no sentido formal, pois nela constará um texto, de validade em todo o território nacional, com determinados direitos fundamentais, permitindo que o indivíduo conheça a esfera de atuação livre de

interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincule o Estado a determinadas garantias da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2009).

É nesse contexto do surgimento do constitucionalismo que, para Serrano (2009), somente em 1.776, por intermédio da denominada Declarações de Direitos (Bill of Rights) de Virginia, verifica-se, assim, a inauguração da positivação dos direitos e garantias fundamentais.

3.2 AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

3.2.1 Norte-americana

Na história das declarações nos Estados norte-americanos destaca-se a de 12 de junho de 1776, a chamada “Declarações de Direitos” (Bill of Rights), ocorrida no Estado da Virginia, porque previa direitos como a liberdade, autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de imprensa, a proteção contra a repressão penal (DIMOULIS; MARTINS, 2009).

É nítido o cunho social de tais previsões de porque contém ecos da experiência igualitária, por positivar de modo abrangente e com força constitucional direitos fundamentais em sentido moderno, Pisalello (apud Kelbert, 2011, p. 23).

Um acontecimento que representa também um grande reconhecimento de direitos fundamentais nos Estados Unidos foi o fato que a Suprema Corte (Supreme Court) ter decidido em 1803 que o texto da Constituição Federal é superior a qualquer outro dispositivo legal ainda que criado pelo legislador federal (caso *Marbury vs. Madison*). Foi reconhecido também que os juizes norte-americanos tornaram-se garantidores da supremacia da constituição e, necessariamente, dos direitos fundamentais, ao passo que pode e deve ser fiscalizador para o respeito aos direitos fundamentais, invalidando decisões de qualquer dos poderes, inclusive do legislador originário, em prol da proteção de indivíduos ou minorias:

Constituem enfaticamente tarefa e dever do Poder Judiciário dizer o que é o direito. Aqueles que aplicam a norma aos casos concretos devem necessariamente expor e interpretar a norma [...]. Se uma lei contraria a Constituição, e tanto a lei como a Constituição forem aplicáveis no caso concreto, então a Corte deve decidir o caso conforme a lei,

desconsiderando a Constituição, ou conforme a Constituição, desconsiderando a lei [...]. Se as cortes devem respeitar a Constituição e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, é a Constituição e não o ato ordinário que deve regular o caso no qual ambos se aplicam (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 24).

Assim a consolidação jurídica dos direitos fundamentais também se deu, além do início do controle jurisdicional de constitucionalidade nos EUA anteriormente comentado, mas também na elaboração doutrinária dos critérios desse controle (DIMOULIS; MARTINS, 2009).

3.2.2 Francesa

No entendimento de Lopes (2010), a maior expressão dos direitos fundamentais corresponde o que previa a Revolução Francesa e os 17 artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Reconhecida como o principal modelo de positivação desses direitos, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, promulgada em 26 de agosto de 1789, destaca-se ao cuidar de direitos a uma ação eminentemente negativa por parte do Estado e de todos os demais indivíduos, que se deveriam abster de qualquer conduta que pudesse interferir no exercício pleno dos “novos” direitos, direitos oponíveis contra o Estado, tutelando os bens e valores da sociedade liberal: vida, religião, expressão, propriedade, entre outros (FIGUEIREDO, 2007).

Numa avaliação promovida por Kelbert (2011) percebe-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não continha nenhum direito social, apenas direitos de liberdade, o que não significa que a Assembleia Nacional desejasse excluí-los desde o princípio.

Para Lopes (2010) umas das partes encantadoras deste compêndio de direitos fundamentais é o art. 16, que afirma “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. A visão contributiva de tal afirmação faz da Constituição ser proeminência sobre qualquer espécie legislativa, sendo à força do pensamento Iluminista deste período o vetor que atuou na primeira Constituição do Brasil – 1824,

que consagrava o respeito dos direitos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Conforme as lições de Dimoulis e Martins (2009), a denominada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida em 26 de agosto de 1789 e adotada definitivamente em 2 de outubro de 1789, surgiu diante de um movimento de reconhecimento de direitos fundamentais na França, apresentando um texto muito semelhante às declarações americanas. Percebe-se que a existência de diferenças entre declarações norte-americana e francesa se justificam por revelar a diferença entre o constitucionalismo dos EUA e do modelo francês. Nessa conjuntura, relevantes são os seguintes pontos: os norte-americanos continuavam submetidos à legislação criada pelo Parlamento do Reino Unido, não se sentindo representados no parlamento da metrópole e ainda padeciam com impostos muitas vezes abusivos. Nessa realidade política almejavam um documento jurídico denominado de Constituição para limitar o poder do legislador e fundamentar um poder soberano que garantisse a liberdade individual em face de todos os poderes estatais.

Já no constitucionalismo francês, segundo Figueiredo (2007), percebe-se que a classe burguesa, também buscando o objetivo de limitar o poder, lutou pelo estabelecimento de prerrogativas frente ao Estado, objetivando concretizar política e socialmente a ascensão econômica já conquistada. O ideário “liberdade, igualdade e fraternidade” representava a síntese dessa luta social. Por sua vez, a lei e o princípio da legalidade – e, mais adiante, a Constituição e o princípio da supremacia constitucional – tornaram-se os instrumentos jurídicos de veiculação do novo pacto social que se afirmava, recuperando-se a noção de “justo” da Antiguidade Clássica e da Escolástica e, com isso, permitindo a abertura do sistema a uma dimensão ético-valorativa.

Kist (apud Figueiredo, 2007, p. 20) salienta que com essa perspectiva de justiça, apareceu a concepção de direitos naturais, tidos como inerentes ao homem, visto que decorrentes da própria condição humana. Seriam, por isso, direitos anteriores ao Estado, e por este inderrogáveis; direitos abstratos e universais, pois reconhecidos a todos os homens; imprescritíveis, na medida em que presos à natureza imutável do ser humano; e inalienáveis, pois a ninguém se possibilitaria abrir mão deles.

O motor filosófico do constitucionalismo francês foram às ideias Iluministas que buscavam a fundamentação racional de decisões políticas, perseguindo primas universais, para a transposição do poder político da chamada classe nobre para a outra classe, a burguesia em ascensão:

As massas miseráveis eram bem vindas para a ideologia constitucionalista francesa como chair à canon (alimentação de canhões), ou seja, como munição de guerra e isso a despeito dos tais direitos "naturais" do homem e do cidadão" serem inalienáveis, imprescritíveis e "universais", ou seja, assistirem a "todos" sem exceção. O constitucionalismo francês do século XVIII inseriu, além de inegáveis avanços em racionalidade, um novo elemento à filosofia política: a hipocrisia. De fato, é difícil conceber que os autores estavam convencidos do caráter puramente racional e não político-ideológico de suas obras. (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 26 27).

Assim, é perceptível, que a grande diferença entre as declarações americanas e francesas reside no fato que o texto francês não segue a visão individualista das declarações norte-americanas e confia muito mais na intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral. Isso se torna claro no fato de a maioria dos direitos garantidos pela Declaração francesa encontrarem-se submetidos a limites que o legislador deveria estabelecer (DIMOULIS; MARTINS, 2009).

Contudo, as consequências políticas apontadas advindas com as declarações americanas e francesas foram uma evolução muito rápida de reconhecimento de direitos fundamentais, tornando-os como fundantes da ordem-constitucional, de observância obrigatória pelo legislador comum, pela Administração e pelos tribunais (*idem, ibidem*).

3.3 Constituição Mexicana (1917)

Inicialmente, indispensável é destacar a formulação de direitos fundamentais não é uma peculiaridade das constituições revolucionárias dos EUA e da França, mas típica das codificações Iluministas. Nesse sentido, há, por exemplo, determinações de direitos sociais na Lei Fundamental da Prússia, que previa a igualdade perante a lei no §§ 22, Krause (apud Kelbert, 2011, p. 24).

Outro destaque importante é ressaltado por Sampaio (apud Kelbert, 2011, p. 24) que esclarece que não foi coincidência que os textos de 1848 (França e Alemanha) marcaram a história dos direitos por meio da inclusão de demandas socializantes, nas quais não perduraram, pois:

Foram resultados de movimentos de colisão de burguesia liberais e líderes socialistas defensores de igualdade política, por meio de universalização de sufrágio, e da igualação de oportunidades, com a incorporação de demandas sociais, mas que se frustraram rapidamente em decorrência da reação burguesa conservadora, no caso da França, e da combinação de um feudalismo tardio associado à incipiente e retrógrada burguesia na Alemanha. Sampaio (apud Kelbert, 2011, p. 25).

De acordo com as lições de Kelbert (2011) a leitura clássica aponta como marco fundamental na evolução dos direitos sociais a Revolução Industrial ocorrida no séc. XIX, a qual se estabilizou e deu lugar à positivação desses direitos no princípio do século seguinte, com a Constituição Mexicana de 1917.

Reconhecendo que é no século XX que ocorre a maior positivação dos direitos sociais, a Constituição Mexicana é a primeira que garantiu uma longa lista de direitos sociais, apresentado em seu primeiro capítulo direitos sociais que pouco se diferenciam daqueles de uma Constituição contemporânea, como a Brasileira de 1988 (DIMOULIS e MARTINS, 2009).

Ao lecionar sobre a lista de direitos sociais, Fábio Comparato (apud Kelbert, 2011) ensina que a importância histórica dessa Carta Política se deveu ao fato de que foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas à atualidade de direitos fundamentais, ao lado das liberdades individuais e dos direitos políticos, pois previu a igualdade substancial entre trabalhadores e empresários na relação de trabalho, o que contribuiu para a redução da exploração nesse setor, também sendo destacável a proibição do trabalho para menores de doze anos e proteção à maternidade e à amamentação, proibição de diferença de salário em razão de sexo ou nacionalidade e o estímulo à previdência popular por meio de Caixas de Seguros Populares.

Kelbert (2011) enfatiza que após a Revolução Comunista de 1917, a República Soviética Russa proclamou, em janeiro de 1918, a “Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado”, a qual previa a abolição absoluta das sociedades de classes e atribuía unicamente aos trabalhadores a qualidade de

povo. No ano seguinte, a Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha, também incluiu os direitos sociais no seu texto.

3.4 Constituição de Weimar (1919)

Enfatiza Lopes (2010), que a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 são expressões iniciais da visão que elevou à categoria de direitos fundamentais, direitos trabalhistas juntamente com as liberdades individuais e dos direitos políticos de participação.

Serrano (2009) explica que com a crise do Liberalismo e a necessidade de construção e efetivação de direitos sociais, em meados do século XX, emerge o constitucionalismo social, exigindo-se, agora, do Estado, não mais a abstenção, e sim uma atuação efetiva, especialmente na ordem social.

Conclui nesse sentido Sarmiento (apud Figueiredo, 2007, p. 23) que houve um redimensionamento do papel do Estado, tornando-se assim uma evidente necessidade: ao Estado caberia uma série de encargos e atividades até então jamais considerados entre as funções tipicamente estatais (ou públicas), passando a prestar uma série de serviços – saúde, educação, assistência social –, e a intervir diretamente na regulação dos mercados.

Figueiredo (2007) argumenta que a pretensão ao reconhecimento de direitos sociais pode ser hoje identificada como o passo subsequente à luta iniciada pela generalização dos direitos políticos para a classe operária. Assegurada à igualdade política, o objetivo passou a ser a concretização da igualdade real, de uma igualdade quanto às condições de vida e às possibilidades de realização de cada indivíduo. A conquista do poder político e a obtenção de uma maioria parlamentar apareceram como formas de aproximação das metas sociais traduzidas, sobretudo, na satisfação dos necessitados.

Como exemplos da nova dimensão econômica dos direitos sociais na Constituição de Weimar, de 1919, Pieroth e Schlink (apud Kelbert, 2011, p. 25-26) destacam a garantia do seguro social e a proteção ao desemprego, à previsão de ensino fundamental essencialmente a cargo do Estado, contemplando a gratuidade do ensino e do material (art. 145), bem como a preocupação em preservar um nível

de existência adequado à dignidade humana, na seção que tratava da vida econômica (art. 151).

3.5 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

A conjuntura histórica que marcou a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH foi o pós-2ª Guerra Mundial, com todas as calamidades e atrocidades decorrentes de um morticínio sem precedentes na história. Em decorrência da guerra, o mundo assistiu a um completo massacre do homem enquanto ser. O arbítrio totalitário produziu formas ultrajantes de redução da condição humana. E os campos de concentração são exemplo emblemático desta ignomia:

Os homens, então puderam compreender que a simples declaração da existência dos direitos humanos, obra encetada no século XVIII, não foram suficiente para evitar que o arbítrio ressurgisse com tamanho vigor. Percebeu-se, naquela quadra da história, que as condições desmoralizantes herdadas da Primeira Guerra Mundial produziram o meio social propício para o surgimento de regimes totalitaristas. A depressão econômica constituiu, como se sabe, a causa principal do triunfo do nazismo. A miséria econômica seguiu-se a miséria de consciência. A substância arbitrária germinou e evoluiu em meio às filosofias jurídicas dos séculos XIX e XX, sem que se pudesse, mediante mecanismos jurídicos concatenados, abortar o totalitarismo e suas nefastas consequências. O positivismo normativista, nesse passo, conviveu pacificamente com a ascensão arbitrária de Mussolini e de Hitler (CANELA JUNIOR, 2011, p. 45 46).

Nesse período, argumenta Lopes (2010), a sociedade estava ansiosa por medidas estatais efetivas, sendo a DUDH, que foi completada em 1966, o texto com a reunião de tais anseios sociais, prevendo, entre outros avanços, a necessidade de o Estado respeitar os direitos de índole cogentes, aqueles entendidos por todos os povos, e também os criados pelos costumes e princípios gerais de Direito.

A restauração de toda a dimensão ética dos direitos do homem revelou-se uma necessidade. As ideais da Revolução Francesa foram retomadas, mas agora sob uma roupagem universalista. O valor humano foi estabelecido como essencial e a preservação de seus direitos mostrou-se uma necessidade de sobrevivência. Tornaram-se os direitos humanos os bens mais caros à humanidade, os bens soberanos, em relação aos quais as

nações firmavam o compromisso ético de efetiva proteção (CANELA JUNIOR, 2011, p. 46).

Com isso, a DUDH objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda a pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis (PIOSEVAN, 2009).

Os Estados passaram, e espontaneamente assumiram, um compromisso ético baseado na consecução material dos direitos inerentes a todos os seres humanos, indispensáveis para sua digna sobrevivência e para o seu contínuo aprimoramento, apresentando como consequência o entendimento do homem como um cidadão do mundo, titular de direitos inerentes à sua condição humana, expressamente reconhecidos por todas as nações, além de do fato de que os Estados concederam parte da sua soberania a fim de que haja uma harmonização na difusão de regras de proteção dos direitos humanos (CANELA JUNIOR, 2011).

A crescente proeminência dos direitos humanos, iniciada com a DUDH, é perceptível a partir da metade do século XX. É neste período que é possível, no campo da teoria Constitucional mais moderna, por exemplo, propugnar-se pela vinculação do Poder Constituinte Originário a uma espécie de “reserva de justiça”, consubstanciada em princípios como o da dignidade da pessoa humana, da justiça, da liberdade e da igualdade. (FIGUEIREDO, 2007).

Da análise promovida por Canela Junior (2011) percebe-se o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, faz dos direitos fundamentais nada mais ser que os direitos humanos consagrados formalmente em uma Constituição, por efeito do processo de internacionalização, pois, qualquer designação que se faça em direitos do homem (direitos fundamentais) somente poderá ser compreendida a partir do ápice do sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, o sistema ético de referência.

Além disso, cada vez mais se torna juridicamente vinculativo o complexo de normas internacionais ao ponto de também vincular o poder constituinte originário. Nessa atual conjuntura política, constituição legítima, por conseguinte, seria somente aquela materialmente justa, respaldada em princípios de justiça suprapositivos ou supraleais, que assegure relevância à garantia dos direitos

humanos. Trata-se, então, de acordo com Canotilho, do abandono da ideia de ilimitação absoluta do poder constituinte originário, em favor de uma vinculação jurídica, ou juridicização, ou caráter evolutivo desse poder, Canotilho (apud Figueiredo, 2007).

Numa avaliação jurídica, a DUDH, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que: constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constantes dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas; há frequentes referências feitas por resoluções das Nações Unidas à obrigação legal de todos os Estados de observar a Declaração Universal; se consolidou, ao longo de 50 anos, em um dos instrumentos jurídicos mais influentes do século XX, se transformando em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional, diante, inclusive, das decisões proferidas pelas Cortes nacionais que se referem à Declaração Universal como fonte de direito; e, também, o fato de haver a incorporação das previsões da Declaração atinentes aos direitos humanos pelas Constituições nacionais (PIOSEVAN, 2009).

A importância e o avanço reconhecido com a DUDH está nos valores por ela defendidos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade ou solidariedade, dando fundamento a essa última aos direitos econômicos, sociais e culturais, ausentes na Declaração dos Direitos do Homem e na Declaração da Virgínia, recuperando assim essencialmente os ideais da Revolução Francesa. (LOPES, 2010)

Colaborando com tal posicionamento, a principal inovação extraordinária advinda coma DUDH foi introduzir a ideia inédita de combinar o discurso liberal da cidadania com o discurso social, pois nela foram elencados, tanto direitos civis (arts. 3º a 21), como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28). Diante disso, inovou ao parificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, e, também, ao afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos. (PIOVESAN, 2009).

Ao conjugar o valor da liberdade com a igualdade, fazendo com que os direitos humanos sejam concebidos partindo da ideia de unidade interdependente e indivisível, entendendo-se, com isso, que há o esvaziamento do direito a liberdade quando não assegurado o direito à igualdade; por sua vez; revela-se o esvaziamento do direito à igualdade quando não assegurada à liberdade. No mesmo raciocínio, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e

políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação (PIOSEVAN, 2009).

O Capitalismo Mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da conscientização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em A Questão Judaica), põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível em uma nova sociedade. Nesse sentido, as declarações universais dos direitos tentam hoje uma coexistência integrada dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais (CANOTILHO, 2011, p. 385).

Contudo que foi analisado, DUDH demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos, seja por fixar a ideia de que os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana e não derivados das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também sociais, econômicos e culturais (PIOSEVAN, 2009).

É perceptível a importância incontestável das Declarações de Direitos Fundamentais, sendo pertinente o posicionamento de Paulo Bonavides (*apud* Kelbert, 2011, p. 26) que é o Estado Social do Constitucionalismo Democrático da segunda metade do século XX a forma de Estado que se apresenta como a mais adequada a concretizar a universalidade dos valores abstratos das Declarações de Direitos Fundamentais.

3.6 Os Pactos Internacionais da ONU (1966)

Os Pactos Internacionais ONU de 1966 foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social iniciado pelas Constituições até então referidas, Comparato (*apud* Kelbert, 2011).

Como bem argumenta Figueiredo (2007) a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 - DUDH e, mais tarde, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966, carregam em si os objetivos que levaram a criação da própria Organização das Nações Unidas - ONU -, após a falência da

Liga das Nações na política internacional e o desrespeito genocida cometido contra o ser humano durante a II Guerra Mundial. Na análise acerca de proteção internacional de direitos humanos, os mencionados documentos firmaram um novo rol de direitos humanos, cuja concretização foi assumida por todos os Estados signatários, ainda que ausentes uma taxação expressa de medidas punitivas a serem aplicadas em caso de descumprimento dessas normas internacionais. Esses dois novos documentos sobre direitos humanos explicitam os direitos consagrados na DUDH e ainda apresentam os mecanismos de controle a efetivação desses direitos.

Inicialmente é oportuno esclarecer que a defesa da elaboração de dois pactos distintos centrou-se nos diversos processos de implementação das duas categorias de direitos. Para os países ocidentais, o argumento pró-dois pactos pontou-se no sentido que os direitos civis e políticos eram auto-aplicáveis e passíveis de cobranças imediatas, e os direitos sociais, econômicos e culturais eram programáticos e demandavam realização progressiva. Já para os países socialistas, estes defendiam um único pacto para as duas categorias de direitos, como aconteceu no âmbito da DUDH, argumentando para isso que a depender do regime, os direitos civis e políticos poderiam ser programáticos, e os direitos sociais, econômicos e culturais serem auto-aplicáveis, pois temiam que a feitura de dois instrumentos distintos poderiam significar uma diminuição da importância dos direitos sociais, econômicos e culturais. Contudo, a posição ocidental prevaleceu (PIOSEVAN, 2008).

Assim, a elaboração de textos distintos a separar os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, o que não aconteceu na DUDH, adveio da polarização política das relações internacionais decorrente da ideologia proposta no período da guerra fria, que pretendia que apenas o primeiro grupo de direitos humanos fossem tutelados como verdadeiros direitos, porque passíveis de justiciabilidade, tornando assim apenas os direitos econômicos, sociais e culturais a uma propalada eficácia mitigada decorrente da necessidade de interposição legislativa e de organização administrativa dos governos nacionais e ainda vinculados a uma conformação a restrições de índole financeiro-orçamentária, segundo Alves (apud Figueiredo, 2007, p. 27).

Levando em conta que o PIDCP estabeleceu direitos endereçados aos indivíduos e o PIDESC estabelece deveres endereçados aos Estados, Piosevan (2008) leciona que o PIDCP reconheceu um catálogo de direitos civis e políticos mais extenso e alguns ainda de cunho inovador que os direitos presentes na própria Declaração Universal, sendo os principais direitos e liberdades: o direito a vida; o direito de não ser submetido a tortura ou a tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes; o direitos de não ser escravizado, nem submetido a escravidão; o direito à autodeterminação, a proteção dos direitos das minorias à identidade cultural, religiosa e linguística; dentre outros. Quanto à efetivação dos direitos, Weis (apud Figueiredo, 2007), leciona que o artigo 2º do PIDCP prevê a auto-aplicabilidade dos direitos civis políticos, de modo que sejam exigíveis de plano.

Expandido o elenco dos direitos sociais, econômicos e culturais da Declaração Universal, já o PIDESC foi o Pacto que visou estabelecer sob forma de direitos as condições sociais, econômicas e culturais para vida digna. Se a dignidade fundamental da pessoa for violada, haverá de se admitir um direito subjetivo de buscar, inclusive em juízo, a alteração de tal situação de fato, tanto pela abstenção de atos danosos, quanto pela prestação material eventualmente negada. Quanto a uma efetivação dos direitos, o art. 2º do PIDESC estabeleceu uma obrigação de realização progressiva, a significar o dever estatal de tomar todas às providencias possíveis, nos limites dos recursos disponíveis, com o escopo de alcançar crescentemente a mais completa realização desses direitos, Weis (apud Figueiredo, 2007, p. 29).

Em ambos os Pactos foi incluído um peculiar mecanismo de implementação e monitoramento, que envolve a sistemática dos relatórios encaminhados pelos Estados-partes. Diversamente do PIDCP, que instituiu o Comitê de Direitos Humanos como Órgão principal de monitoramento, o PIDESC, não cria um comitê próprio, não estabelece o mecanismo de comunicação interestatal, nem permite a sistemática das comunicações individuais mediante Protocolo Facultativo. Em suma, o PIDESC continuou a se restringir à sistemática dos relatórios, embora a Convenção de Viena tenha recomendado a incorporação do direito de petição a esse Pacto, mediante a adoção de protocolo adicional (PIOSEVAN, 2008).

A DUDH assentou que os direitos humanos formam um conjunto único e indivisível, havendo uma interação e inter-relação dos direitos civis e políticos com

direitos econômicos, sociais e culturais, em que a falência das medidas de concretização de um direito inevitavelmente repercute na fruição plena do conjunto restante, dotando, assim, tais grupos de direitos na mesma hierarquia e relevância. Isso porque os direitos humanos guardam o fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, que pressupõe a realização tanto da liberdade, quanto da igualdade (FIGUEIREDO, 2007).

Na ótica normativa internacional está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais são direitos legais, autênticos direitos fundamentais, havendo a obrigação de implementar tais direitos a luz do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, devendo assim os Estados: respeitarem, não violando tais direitos; protegerem, evitando e impedindo que terceiros (atores não-estatais) violem estes direitos; e implementem, adotando medidas voltadas à realização destes direitos (PIOSEVAN, 2008).

Tudo isso implica que a coexistência dos dois pactos – PIDCO e PIDESC não justifica distinção dos direitos em espécies absolutamente separadas, nem tão pouco justifica a implementação de políticas públicas visando à tutela de uns direitos em detrimento dos demais (FIGUEIREDO, 2007).

Fica, por fim, o alerta que a finalidade de ambos os grupos de direitos, embora diversa, não é oposta, e sim complementar. Oportuno também é acrescentar-se a isso que o art. 5º dos Pactos cria a regra de inteligência própria dos direitos humanos, no sentido de a interpretação dos direitos deve ser a mais ampliativa possível, voltada à máxima eficácia dos preceitos que contém, maximizando assim os direitos humanos, dando prevalência à concreta tutela dos direitos humanos de ambas as categorias, Weis (apud Figueiredo, 2007, p. 30).

37 Constituição Brasileira (1988)

É perceptível que a luta por constituições sociais se intensificou após as grandes guerras. De acordo com Bruno Galinho (apud Serrano, 2009, p. 16) a opção pelas constituições sociais “se alastra pela Europa do Pós-Guerra e até fora dela”. Constituições como a portuguesa (1976), a espanhola (1978) e a brasileira (1988) são exemplos desta nova cultura constitucional social e dirigente.

No Brasil, Serrano (2009) afirma que os direitos fundamentais encontram-se discriminados pela Constituição Federal de 1988, observando-se que tal enumeração não é exaustiva, uma vez que outros podem logicamente decorrer do sistema jurídico constitucional, bem como de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme prescreve o artigo 5º, § 2º da CF.

Analisando a Constituição Federal de 1988, Dimoulis e Martins (2009) afirmam que a mesma não se caracteriza pela sistematicidade com relação à garantia dos direitos fundamentais. Referências a tais direitos encontram-se em diversas partes do texto constitucional. As "*sedes materiais*" é o Título II, que trata Direitos e Garantias Fundamentais, regulamentando os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, assim, como as respectivas garantias. Os autores ainda esclarecem que o art. 5º traz um extenso rol de direitos individuais, de garantias clássicas. Ao lado destes, há prescrição também de direitos coletivos e deveres individuais e coletivos. Já o art. 6º, define os direitos sociais a serem concretizados por todos os órgãos estatais, e o art. 7º, eleva o direito do trabalho ao nível constitucional, o que traz relevantes consequências dogmáticas, como a incidência do dever estatal de tutela, sendo que a omissão ou não cumprimento deste dever pelo Estado capaz de dar azo a ações constitucionais.

De acordo com as lições de Kelbert (2011), a forma pioneira da CF/88 erigir os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, ao inclui-los, expressamente, sob o Título II, demonstra o caráter fundamental de reconhecimento desses direitos, comportamento que pode ser entendido como um compromisso do legislador constituinte em construir uma sociedade um pouco mais equilibrada, dadas as gritantes diferenças sociais que sempre (e ainda hoje) permearam a sociedade brasileira.

Já no preâmbulo, (embora não seja vinculante, mais reflete os valores mais caros à sociedade brasileira), observa-se o propósito do constituinte de construir um Estado Democrático, destinado a assegurar a concretização dos direitos sociais. Ainda, além disso, o art. 3º revela os objetivos da República Federativa do Brasil, dentre os quais se destacam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I) e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso II, parte final). Esses objetivos, tornam a aparecer em outras partes do Texto Constitucional, a

exemplo que trata o art. 170, o qual está inserido no capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica (KELBERT, 2011).

Os direitos sociais respondem pelo fornecimento de recursos fáticos indispensáveis ao efetivo exercício das liberdades e dos demais direitos fundamentais buscando assegurar a liberdade efetiva pela igualdade material. Os direitos sociais são tão fundamentais quanto os demais "direitos e garantias" reconhecidos constitucionalmente (FIGUEIREDO, 2007).

Nesse sentido, devem ser titulares de direitos econômicos, sociais e culturais somente aquelas pessoas que tenham necessidade de ajuda, jamais quem assim não se apresente. Igualdade como diferenciação e universalidade no ponto de chegada são os caracteres que contradistinguem os direitos sociais. Sendo, ainda, a fundamentalidade dos direitos sociais, para além de uma base naturalista, respalda-se no favorecimento do desenvolvimento da pessoa humana, finalidade última da ética pública da modernidade e critério material de justiça (FIGUEIREDO, 2007).

Colaborando com tal posicionamento, embora muitos desses direitos sejam a expressão coletiva, o que se pretende proteger, ao final, é o indivíduo, e, em última instância, a dignidade da pessoa humana, o qual faz parte da essência e da identidade da constituição brasileira (KELBERT, 2011).

4 O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Figueiredo (2007) afirma que o regime jurídico-constitucional brasileiro dos direitos fundamentais sociais repousa na análise de três pontos: a consagração dos direitos sociais como espécies de direitos fundamentais; o alcance das normas constitucionais que dispõe sobre direitos fundamentais; e a interpretação da cláusula que estipula a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Analizando a fundamentalidade dos direitos sociais no contexto do constitucionalismo brasileiro, numa estreita síntese, afirmando que a fundamentalidade dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988 repousa numa análise formal e numa análise material, Kelbert (2011) diz que quanto ao aspecto formal, percebe-se que conscientemente o legislador colocou a tais direitos o status de norma formalmente constitucional ao inseri-los no Título II, comportamento que conclui que os direitos sociais gozam da proteção reforçada própria das normas constitucionais, quer pelo caráter de norma superior, quer pela sua inclusão no rol de normas das cláusulas pétreas. Como os direitos fundamentais se encontram em um maior grau de efetividade, pois contam com uma estrutura capaz de obrigar os destinatários das normas respectivas ao seu devido cumprimento, e como também os direitos fundamentais situarem-se no mesmo plano hierárquico das outras normas constitucionais originárias, é compreensivo que dentro do atual sistema constitucional constituem os direitos sociais os objetivos estatais a serem perseguidos.

No que tange à caracterização dos direitos sociais como cláusulas pétreas, importante são as lições de Flávia Piovesan (apud Kelbert, 2011, p. 38):

Contata-se uma nova topografia constitucional, tendo em vista que o texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, a cláusula pétrea, o que mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e garantias fundamentais.

Nas lições de Kelbert (2011) a inclusão dos direitos sociais no conceito de direitos e garantias individuais, significa a busca de outros valores, destacando-se a

dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Bonavides (apud Kelbert, 2011, p. 39) interpreta:

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder.

Nesse sentido leciona Kelbert (2011) que a inclusão dos direitos sociais como cláusulas pétreas é o meio de impedir que sejam suprimidos, bem como de assegurar a promoção e o atendimento dos objetivos constitucionais vigentes.

Conforme Figueiredo (2007) a fundamentalidade material dos direitos sociais repousa no sentido de serem passíveis de referência de uma ideia de justiça, ou dimensão axiológica, ou fundamento extranormativo. Em diretriz semelhante, Sarlet (apud Figueiredo, 2007, p.66) afirma há existência de uma fundamentalidade material compartilhada pelos direitos humanos e os direitos fundamentais, “pois ambos dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado”.

A identificação da fundamentalidade material de um direito depende da ordem de valores dominante e consensualmente aceita em certa comunidade, bem como às demais circunstâncias de caráter social, político, econômico e cultural consagradas pelo sistema constitucional. Analisando o ordenamento constitucional brasileiro, Figueiredo (2007) enfatiza que o quadro valorativo nacional baseia-se junto aos princípios fundamentais (CF, art. 1º), aos objetivos fundamentais (CF, art. 3º), aos princípios das relações internacionais (CF, art. 4º) e aos valores contidos no preâmbulo do texto constitucional, dentre outros.

Quanto ao segundo requisito de reconhecimento do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais brasileiros, ou seja, quanto à abertura material do catálogo dos direitos sociais, analisando o alcance das normas constitucionais que dispõe sobre direitos fundamentais, destacam-se as lições de Kelbert (2011) que é graças à interpretação insculpida no § 2º do art. 5 da CF/88, se deixa claro que o rol

no Título II não é exaustivo. Além disso, o fato que neste dispositivo também não se faz referência a qualquer distinção a respeito de direitos e garantias expressos nesta Constituição ao prever o fato de "[...] não excluem outros [...]". Outro argumento, além da previsão formal que os direitos sociais foram incluídos no título destinados aos direitos fundamentais, o art. 6º da CF/88 enumera alguns direitos sociais, encerrando com a expressão "[...] na forma desta Constituição", viabilizando, portanto, a inclusão de outros direitos sociais que possam ser encontrados ao longo do texto constitucional.

Sarlet (apud Figueiredo, 2007, p. 69), explicando tal posicionamento, afirma que existem duas categorias de direitos fundamentais, uma que corresponde aos direitos fundamentais expressamente previstos no catálogo (Título II da CF/88) e aqueles positivados fora deste, quer seja em outras partes do texto constitucional (direitos com status constitucional material e formal), quer sejam direitos insculpidos em tratados internacionais de que o Brasil faça parte. De outro lado, há direitos fundamentais não-escritos, ou seja, que não constam de previsão explícita do direito positivo, constitucional ou internacional, compreendendo direitos implícitos, "no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais", e os assim denominados direitos decorrentes do regime e dos princípios. Ainda esclarece que os direitos fundamentais não-escritos dependerão de traduzir a ordem de valores consensualmente aceitos internamente.

Contudo, discorre Kelbert (2011, p. 42):

Se a própria constituição elegeu uma forma de Estado de cunho social, amparada em princípios de justiça social tendentes a reduzir desigualdades e voltados ao bem estar econômico de todos, a cláusula insculpida no § 2 do art. 5º abrange também os direitos sociais.

O último requisito de reconhecimento do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais brasileiros repousa na análise da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, diante da previsão consagrada no art. 5º, § 1º da CF/88².

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

Levando em consideração que não há um estágio de consensualidade no que concerne a abrangência da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais: é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os fora do catálogo)? ou se restrita aos direitos individuais e coletivos do art. 5º da Magna Carta? Sobre as assertivas, argumenta Sarlet (2004) que não há como sustentar uma redução do âmbito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais a qualquer das categorias específicas dos direitos fundamentais em nossa Constituição, nem aos equivocadamente designados de direitos individuais e coletivos no art. 5º, diante da expressão literal do dispositivo que utiliza a expressão genérica "direitos e garantias fundamentais" e diante da posição topográfica do dispositivo no Título II (Direitos e Garantias Fundamentais). Se a interpretação literal anterior não for suficiente para embasar tal opção, é possível se chegar aos mesmos resultados através de uma interpretação sistemática e teológica da Constituição. Por tais razões, a aplicabilidade imediata refere-se a todos os direitos fundamentais constantes no Catálogo (arts. 5º a 17), bem como os localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Nesse sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu estabelecer qualquer distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico.

Isso porque, se há reconhecimento constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais, impõem-se a razão lógica que também assim estão sujeitos à aplicação imediata das "normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais" (KELBERT, 2007).

Uma exigência do Estado Social de Direito, regra da qual não foge a Constituição Federal de 1988, é a existência de normas que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa (normas programáticas), com o objetivo de atender aos reclamos das diversas facções e grupos sociais. No próprio catálogo dos direitos fundamentais encontram-se preceitos que assuem a feição de normas programáticas, bem como ordens dirigidas ao legislador. O constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma gama de direitos fundamentais sociais, considerou todos os

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata. Contudo, a imediata aplicabilidade e plena eficácia reconhecida também aos direitos fundamentais sociais assume um significado diferenciado: sob pena de equiparação entre direitos fundamentais e as demais normas constitucionais, o art. 5º, § 1º da CF/88 impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais; e, também, importa num caráter dirigente e vinculante, com o objetivo de assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tornando tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, investindo os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos (SARLET, 2004).

Reconhecendo a vinculação de todos os órgãos públicos aos direitos fundamentais na previsão contida em tal dispositivo constitucional, Lobato (apud Figueiredo, 2007, p. 71) afirma que Magna Carta em seu art. 5º, § 1º comporta a interpretação “no sentido da afirmação ou reconhecimento de verdadeiros direitos subjetivos, estando o poder público obrigado a atuar no sentido de sua realização, superando obstáculos, organizando serviços públicos, editando leis”, enfim, realizando as ações necessárias à plena efetivação dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, Sarlet (2004) esclarece que o dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais, em cada caso concreto, faz do Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando a plena eficácia, diante de falta de concretização, estando também, inclusive, autorizados a remover eventual lacuna, valendo-se do instrumento fornecido pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Alerta-se que o Judiciário possa (e deva) viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento de lacunas existentes não significa que não existam limites a esta atividade, que não podem ser desconsiderados. Com efeito, no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se como limites: a reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão

com outros direitos fundamentais, podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva; completa o autor.

Sarlet (apud Figueiredo, 2007) também afirma que há interpretação deste mesmo artigo em outro prisma, que representa uma cláusula de vinculação dos direitos fundamentais, deixando-os fora da esfera de alcance dos Poderes Públicos e dos particulares e aplicando-se, por isso, tanto aos órgãos dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), como as relações entre pessoas privadas.

Levando-se em conta que também na esfera dos direitos fundamentais existem dois grupos de normas (as que necessitam de uma complementação normativa para gerar a plenitude de seus efeitos e as que não reclamam a natureza concretizadora pra que possam ser imediatamente aplicáveis aos casos concretos e alcançar a plena eficácia), a melhor interpretação do art. 5º, § 1º da CF/88, seria que se refere a uma espécie de otimização no sentido de estabelecer aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, de tal modo que a eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada. Pois, os direitos fundamentais quando positivados na Constituição possuem um conteúdo mínimo de eficácia, uma vez que todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia. Assim, negar os direitos fundamentais esta condição privilegiada significa não reconhecer a relevância da Constituição, que faz os direitos fundamentais governarem a ordem constitucional (SARLET, 2004).

Como os direitos fundamentais podem ser de defesa e de prestações (natureza fática ou normativa), importante é a análise da aplicabilidade, eficácia e eficiência das normas de tais direitos.

Explicando à dimensão defensiva dos direitos fundamentais, esclarece Figueiredo (2007, p. 71) que seria "um status negativos sociais ou libertatis socialis, protegendo o indivíduo contra ingerências indevidas do Estado e de pessoas privadas detentoras de poder social".

Os direitos fundamentais de defesa, integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, reclamam uma atitude de abstenção dos poderes estatais e dos particulares, são direitos fundamentais que apresentam

normas que são considerados diretamente aplicáveis e aptas, desde logo, a desencadear seus efeitos jurídicos. (SARLET, 2004).

As diretrizes fixadas, válidas para os direitos de defesa, lançam igualmente boa parcela dos direitos fundamentais sociais consagrados em nossa Constituição. Explicando tal assertiva, os direitos sociais prestacionais, como os direitos de defesa, podem apresentar uma dimensão negativa ou positiva (esta como regra para os direitos sociais prestacionais). Os direitos sociais prestacionais de natureza negativa, aqueles que reclamado uma abstenção por parte do destinatário e não dependendo, em regra, da alocação de recursos e de concretização legislativa, em virtude de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa, equivalem aos clássicos direitos de liberdade e igualdade. Para estes direitos fundamentais sociais de situação análoga aos direitos fundamentais de defesa, se reconhecem que eles estão sujeitos ao mesmo regime jurídico, especialmente o da aplicabilidade direta e da proteção contra restrições legislativas. Porém, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos sociais a prestações de natureza positiva. Isso porque, os direitos sociais prestacionais de natureza positiva pressupõem que seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2004).

As controvérsias existentes na análise da aplicabilidade, eficácia e efetividade das normas dos direitos fundamentais a prestações, que tem por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, são justificadas pelo fato que tais normas se realizam numa prestação de natureza fática ou normativa. Com base nas lições discorridas no parágrafo anterior, as controvérsias só ocorrem precisamente diante da prestação fática, pois as prestações normativas dos direitos fundamentais a prestações são equivalentes aos direitos fundamentais sociais de situação análoga aos direitos fundamentais de defesa, dos quais se reconhecem que a eles estão sujeitos ao mesmo regime jurídico, especialmente o da aplicabilidade direta e da proteção contra restrições legislativas. Neste contexto, inicialmente, quanto à aplicabilidade, constata-se que como os direitos fundamentais a prestações (natureza fática ou normativa), como os direitos fundamentais de defesa, são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, possuindo assim clara a

conotação do direito a serem também imediatamente aplicáveis. Isso implica também no fato que os direitos fundamentais prestacionais (natureza fática ou normativa), como os direitos fundamentais de defesa, independente da forma de positivação, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, a exemplo das demais normas constitucionais, sendo também diretamente aplicáveis na medida deste mínimo (*idem, ibidem*).

Defendendo que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais abarca tanto as prestações de sentido restrito (direitos a prestações materiais), como em sentido amplo (direitos à proteção, por meio de organização e procedimentos), referindo-se as prestações de direitos materiais Figueiredo (2007) pontua nos seguintes termos:

No que tange aos direitos sociais a prestações materiais, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem a admitir, embora ainda não totalmente, a existência de um direito originário as prestações que integrem o mínimo existencial, estabelecendo no caso in concreto e por meio da ponderação entre as condições do titular do direito e o estágio de desenvolvimento social e econômico alcançado na sociedade, superando, com isso, a noção de mínimo a subsistência (mínimo vital). Para além disso, a jurisprudência pátria parece inovar bastante em relação à tutela concedida em outros ordenamentos, pelo menos quanto a prestações na área da saúde. É visível o reconhecimento de um direito originário a prestações referentes a fornecimentos de medicamentos, obtenção de tratamento médico, reserva de leito em hospital, entre outros (FIGUEIREDO, 2007, p. 72).

Já a medida da eficácia de cada direito fundamental a prestações (natureza fática ou normativa) dependerá de sempre das peculiaridades de seu objeto e de sua forma de positivação no texto constitucional. Neste ponto, ao explicar a eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional, Sarlet (2004) leciona que o objeto dos direitos sociais prestacionais (o conteúdo da prestação) necessita da análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental que se enquadre no grupo ora em exame, tendo em vista que existem inúmeras opções que se registra no âmbito das atividades prestacionais sociais do Estado: assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de água, luz... Isso implica afirmar que o objeto das prestações dos direitos sociais será constituído de diferentes espécies de prestações efetivas dependendo do seu reconhecimento e da previsão na ordem

constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais (natureza fática ou normativa). Além do mais, importante é constatar de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, uma vez que os direitos sociais prestacionais (natureza fática ou normativa) reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental.

Frente a toda essa gama de efeitos no ordenamento jurídico brasileiro não se pode negar às normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais a presunção da aplicabilidade imediata, nem tão pouco a normatividade reforçada, que se revela tanto na análise formal e material dos direitos sociais brasileiros, como na abertura material do catálogo de tais direitos sociais. Com isso, culmina-se no fato que os direitos sociais em âmbito nacional comungam do mesmo regime-jurídico atribuído aos demais direitos fundamentais, não havendo razão, para que se entenda de forma diversa (FIGUEIREDO, 2007).

Contudo que foi exposto é oportuno às palavras desenvolvidas por Kelbert (2011) que se encerra no sentido que as mudanças ocorridas na história constitucional brasileira faz com que se presencie uma grande mudança que foi o reconhecimento dos direitos sociais como aqueles de condição de direitos fundamentais, tonando-se vinculantes para todos os poderes estatais. Assim, o não reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos sociais configuraria num retrocesso enorme em relação às duras e lentas conquistas nessa seara.

5 DIREITO À SAÚDE

5.1 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Reconhecendo que o constituinte brasileiro baseou-se em experiências internacionais para incorporar no texto constitucional brasileiro, alguns direitos, dentre eles, o direito fundamental a saúde; Siqueira (2011) leciona que inicialmente é preciso compreender a relação entre a esfera internacional e o direito interno brasileiro, que se dá através de uma integração, no sentido de que haja preservação da autonomia e soberania nacional quando houver conflito com os tratados internacionais, prevalecendo as normas internas. Porém, nada obsta que os direitos internacionais sejam efetivados sempre que estiverem de acordo com a vontade do povo, respeitando o bem estar da sociedade e a dignidade da pessoa humana.

Da análise da existência ou não de hierarquia das normas de direitos humanos oriundas de tratados internacionais no contexto constitucional brasileiro, importante é destacar Siqueira (2011), para quem, mesmo prevista no Texto Constitucional, a soberania não deve nem pode ser vista como algo absoluto, pois a soberania da República Federativa do Brasil, quando estivermos sob a análise de questões atinentes aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, deve ser sopesada, vez que a própria soberania é exercida por representantes da sociedade e, esta sociedade por ora clama a efetividade necessária da dignidade da pessoa humana.

Além do mais, oportuno é entender que a redação incorporada pela EC nº. 45 pacificou o entendimento que se tratando de direitos humanos, os tratados internacionais devidamente aprovados, conforme os requisitos necessários preceituados no art. 5, §3º da CF/88, integram o ordenamento jurídico brasileiro como normas de status constitucional (*idem, ibidem*).

Nesta perspectiva, como no plano normativo internacional à saúde é tratada como um dos direitos humanos insculpidos expressamente na DUDH e explicitado pelo PIDESC, mesmo que não tivesse sido positivado em âmbito brasileiro, certamente o Direito à Saúde poderia ser depreendido da tutela jurídica dos direitos à vida e à integridade física e corporal, enquanto direito fundamental implícito (FIGUEIREDO, 2007).

Contudo, percebe-se que de modo geral, a saúde no ordenamento jurídico brasileiro deverá ser efetivada, não podendo o Estado se eximir de tal responsabilidade, tendo em vista que houve o rompimento da visão Liberal, considerando que se está no ausípio do Estado Social Democrático de Direito. “É nessa concepção de Estado que a Constituição dirige o poder, devendo ser cumprida sob pena de o particular submeter à questão ao Judiciário, para que este obrigue a fazê-lo conforme os ditames constitucionais” (SIQUEIRA, 2011, p. 74).

A Constituição como instrumento de governo, estipula as metas e ainda atua de forma a concretizar o seu cumprimento de modo eficaz ao ditar à sociedade os instrumentos para combater a não-aplicação dos seus comandos, quando as suas normas estão ineficazes diante a inércia injustificada daqueles que devem cumpri-las, sobretudo quando diante de Direitos Fundamentais, Direitos Sociais, Direito à Saúde. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 não é diferente.

A previsão do Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988 ocorre em diversos momentos da Carta Magna. Por força do reconhecimento já em seu preâmbulo que estar-se sob a tutela de um Estado Democrático de Direito, fixando a existência de Direitos Sociais e assegurando ainda o bem-estar da Sociedade, já se configura nacionalmente a previsão do Direito à Saúde.

Isso porque as diferentes concepções do que seria o Direito à Saúde estão ligadas à necessidade de introduzir a temática em um ordenamento jurídico, tendo em vista que cada Estado difere-se em seu regime jurídico adotado. Assim, nos limites do Estado Democrático Brasileiro, previsto no art. 6º da CF/88, a análise dos deveres provenientes do Direito à Saúde aponta para dimensões reconhecidas a este direito, que responsabiliza o Estado para que se ocorra em direitos de defesa (resguardo de agressões e supressões) e em direito de prestações (realização de atividades para a viabilização da fruição do acesso a saúde, através de organização, ações, procedimentos, até mesmo serviços e insumos necessários) (SARLET, 2002).

A leitura do Título I faz com que possamos reconhecer que a previsão da República Federativa no art. 1º, com fundamento na cidadania e na dignidade da pessoa humana, e os objetivos traçados no art. 3º demonstram que o legislador originário corretamente dispõe do caráter social, valorizando os direitos fundamentais, prestigiando o direito à vida e a dignidade humana.

Conforme dispõe o *caput* do art. 5º, percebe-se que a prevalência dos direitos aos meios de vida, havendo clara garantia da inviolabilidade do direito à vida, que tem, ainda, sua proteção reforçada por se tornar cláusula pétrea, consoante dispõe art. 60, §4º, IV (LIMA, 2010). Ainda, quando se adentra no Título II, perceptível é que o reconhecimento da aplicabilidade imediata dessas normas ocorre nos termos do art. 5º, §1º da CF/88: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Do direito à vida e da proteção à dignidade humana certamente decorre, entre outros, o Direito à Saúde, caracterizado no art. 6º como direito social, inserido no Capítulo da Ordem Social (LIMA, 2010).

No plano Constitucional brasileiro, o direito social à saúde é previsto no *caput* do art. 6º, e, nos art. 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, material e formal (FIGUEIREDO, 2007).

O art. 6º da Carta Magna que prever a saúde como direito social quando dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, 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”. Sobre tal norma Siqueira (2011) destaca que este é o primeiro dispositivo do Texto Constitucional que elencar a saúde dentre os direitos sociais, atribuindo-o com o condão social.

Na concerne às consequências do reconhecimento do Direito à Saúde como direito social, argumenta Sarlet (apud Figueiredo, 2007, p.88):

O Direito à Saúde como direito social apresenta, simultaneamente, uma dupla dimensão defensiva e prestacional. Enquanto direito de defesa, o Direito à Saúde, determina o dever de respeito, num sentido eminentemente negativo, ou seja, não afetar a saúde de alguém, mas, sim, preservá-la. Na dimensão prestacional, imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas reais e concretas no sentido de fomento e efetivação da saúde da população, circunstância que, neste último caso, torna o indivíduo, ou a própria coletividade, credores de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material.

Explicando que a dimensão defensiva e prestacional guarda pertinência diante do aspecto individual e coletivo do Direito à Saúde, importante é prever que, como direito individual, o Direito à Saúde privilegiaria o valor da liberdade,

garantindo ao indivíduo a liberdade de escolha do tipo do recurso médico-sanitário a ser procurado e do tipo de tratamento a se submeter, e em sentido oposto, mas complementar, significa que o profissional médico tem a liberdade de escolha da terapêutica que considere mais adequada ao tratamento do doente. No que concerne ao aspecto coletivo ou social do Direito à Saúde, reconhece-se a prevalência do valor da igualdade, justificando a imposição de limitações a comportamentos humanos, com o intuito de preservação da saúde de todos os que vivem em sociedade, pois a ninguém é permitido induzir outrem a adoecer, nem tampouco impedir que alcance o próprio bem-estar, Dallari (apud Figueiredo, 2007).

Derivam-se da relação entre as dimensões defensivas e prestacional do Direito à Saúde, a imposição de obrigações estatais de respeito (o Estado deve não intervir na vida do indivíduo de nenhum modo a reduzir a saúde da pessoa), de proteção (o Estado deve resguardar a saúde do indivíduo contra violações de terceiros através da dimensão da prestacional ampla: organizar instituições e procedimentos de proteção ao direito, elaborar legislação pertinente, penalizar condutas...) e de implementação (o Estado deve facilitar ou fornecer bens e serviços para suprir as necessidades básicas da sociedade na área da saúde, assim como implementar uma política de saúde eficaz), Milanez (apud Figueiredo, 2007, p. 89).

Neste contexto social, importa ainda remeter à leitura do art. 193 e do art. 170, que tratam do bem-estar e da justiça social e da ordem econômica, com seu papel de assegurar a existência digna em âmbito nacional.

A saúde, a previdência e a assistência social são termos que descreverão ações e serviços distintos, mas integrados no conjunto organizado pela seguridade social, cujos objetivos gerais estão previstos no parágrafo único do art. 194 (LIMA, 2010).

Contudo, a regulamentação específica do Direito à Saúde encontra-se no Capítulo da Ordem Social na Seção referente à Saúde. Talvez o mais importante dispositivo constitucional que atesta do Direito à Saúde é o art. 196, que de forma clara, responsabiliza o Estado.

A importância de tal dispositivo reside no fato de que ele se comporta como norma imperativa impondo ao Estado uma prestação positiva através de políticas e ações para promover a construção de uma nova ordem social que vise o bem-estar, de modo que se respeite a isonomia entre os cidadãos (SIQUEIRA, 2011).

Essa ideia de dever fundamental da expressão "A saúde é direito de todos e dever do Estado" aponta para a admissão de uma categoria jurídica constitucional autônoma, embora integrante do domínio material dos direitos fundamentais, na medida em que este domínio ou esta matéria polariza todo o estatuto (direitos e deveres) do indivíduo (FIGUEIREDO, 2007).

Por sua vez o art. 198 esboça, em linhas gerais, a forma de organização do sistema, quando determina a que as ações e os serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado observando como diretrizes a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade. Este dispositivo e seus parágrafos definem as regras sobre o financiamento do Sistema Único de Saúde - SUS, impondo obrigações a todos os entes da federação, o que guarda sintonia com o princípio federativo. (LIMA, 2010).

Fundado no contexto federalista, o SUS corresponde a um sistema que definiu e atribuiu a cada um dos entes federados às condições econômicas e financeiras, e ainda as obrigações no que tange a competências materiais, relativas à gerência e a administração da saúde no território brasileiro. Pertinentes neste aspecto são as considerações de Siqueira (2011, p. 85):

Esta forma de competência encontra-se fundada no modelo federalista adotado pelo Brasil, pois em um contexto de cooperação como o idealizado pelo Sistema Único de Saúde e ainda, em um Estado federal e social, outra forma não poderia haver, senão esta.

[...]

Por conseguinte, é de competência: da União de legislar sob normas gerais de saúde; dos Estados legislar em forma suplementar; dos Municípios, em termos locais acerca de matéria de saúde, compondo desta maneira um sistema único com cooperação entre todos os entes da federação.

Na temática do Direito à Saúde, a Lei, que instituiu o SUS, corresponde à legislação que veio ditar a realização de serviço público de saúde entre os entes federados. Pertinente neste aspecto ainda é o entendimento do art. 24, inciso XII da CF/88³, que afirma que a legislação brasileira sobre Direito à Saúde apresenta

³ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

competência concorrente entre todos os entes legislativos (União, Estados e Distrito Federal).

Importa compreender que diante da inércia da União, os Estados e Municípios tornam-se aptos legislar de maneira plena para efetivar o Direito à Saúde dentro de seu limite territorial, sob pena de ter a eficácia suspensa caso a União posteriormente manifeste-se sobre questão que o Estado e o Município trataram, vez que cabe a União legislar em linhas gerais acerca do Direito à Saúde.

Pela definição atribuída por Dallari o termo “em linhas gerais” deve ser encarado como o norte para os outros entes possam legislar em suas competências:

Existe, todavia, espaço para a interpretação dos magistrados e constitucionalistas, no que se referem à compreensão das normas gerais. Entretanto, uma análise pormenorizada da copiosa produção sobre o tema, que já consta em Constituições anteriores, permite caracterizar seus elementos essenciais. Assim, as normas gerais são declarações principiológicas editadas pela União que, sem violar a autonomia dos demais entes federativos, estabelecem as diretrizes nacionais a serem por eles respeitadas quando da elaboração de próprias leis, Dallari (apud Siqueira, 2011, p.88).

Conforme impõe o Texto Constitucional, ao tratar da competência material, que obriga os entes federados a atuar de forma a efetivar os serviços atinentes à saúde, aquela que corresponde à competência comum destinada à execução dos serviços de saúde, indispensável é a leitura dos seguintes artigos constitucionais:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 53, de 2006)

Art. 30. Compete aos Municípios:

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

O legislador constituinte foi claro no sentido de não caber qualquer obstáculo ao cumprimento por todos os entes federados as obrigações decorrentes do dever

de efetivação do Direito à Saúde, sendo o art. 30 redundante apenas no sentido de no que se refere aos Municípios também existe a competência material (SIQUEIRA, 2011). No mais, tais dispositivos só vieram a acrescer quanto ao que foi determinado nos próximos artigos, principalmente dos arts. 196 a 200, que a expressam que "Saúde é dever do Estado"...

O reconhecimento do Direito à Saúde e de sua previsão constitucional exige uma organização dos serviços de saúde, ao ponto que a doutrina trata do tema denominando em dimensões negativas e positivas.

Enquanto dimensão negativa, oportuno o posicionamento de Sarlet (2002, p. 94):

Não assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente isto quer significar quer a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde.

Assim, o não fazer apenas refere-se a não prejudicar a saúde do indivíduo. Logo, veda-se a criação de leis que prejudique a efetivação de direito fundamental à saúde, nem muito menos qualquer ocasiões que representem afronta a proibição de retrocesso ao grau de concretização previsto na Carta Magna.

Já a dimensão positiva do Direito à Saúde corresponde ao fato que o particular pode provocar o Estado para que efetive o Direito à Saúde determinando prestação ou qualquer outro tipo de assistência: medicamentos, cirurgias, exames, insumos terapêuticos, internações dentre outras formas de realização do serviço público de saúde.

Ainda nesta seara, salienta-se a assertiva do Siqueira (2011, p. 98) que afirma que:

Assim, estarão incumbidos, ao menos em termos legislativos, os demais entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios) para que em sede de legislações locais, atribuam tal competência, ou ainda, o Poder Judiciário, quando provocado, deverá decidir quanto a tais situações de maneira a oferecer um atendimento integral ou meramente básico de saúde.

Contemplando dignidade da pessoa humana, reforçando a efetividade dos direitos sociais dispositivos que contempla a forma direta o Direito à Saúde, importante também é o que descreve o art. 227 da CF/88 “que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Nesse sentido, incube ao poder público cumprir as normas constitucionais estabelecidas visando a conferir efetividade ao Direito à Saúde, como forma de atuar na efetividade dos direitos sociais, contemplando assim a dignidade da pessoa humana (SIQUEIRA, 2011).

No plano Constitucional vigente, Serrano (2009) leciona que a saúde é um direito expansivo em linha prospectiva, de índole individual e coletiva, mas de interesses de toda a sociedade, cabendo ao Estado promover condições não só assecuratórias, como também e especialmente preventivas, com o intuito de garantir a integralidade e dignidade humana.

Analizando o conteúdo do direito fundamental à saúde, Figueiredo (2007) afirma que este alcança a proteção do indivíduo, pela garantia de condições de vida, de meio ambiente e de trabalho que não comprometam esse bem essencial, bem como pela existência de estruturas públicas voltadas à prestação de cuidados adequados à manutenção e à recuperação do estado de bem-estar social.

Contudo, o objeto do Direito à Saúde corresponde a uma prestação sanitária que visa a assegurar a melhor qualidade de vida possível. Na contramão dos ditames constitucionais que afirma o núcleo do Direito à Saúde estariam ligados a uma concepção de vida digna, no Brasil, os meios de comunicação frequentemente apontam que se deixa de prestar o mínimo quanto à saúde. Admite-se que seja necessário estabelecer critérios na busca da dimensão prestacional do Direito à Saúde, mas tais critérios não podem ser vetores para que as deficiências do sistema impliquem na lapidação da realização do Direito à Saúde através dos ineficientes ou inexistentes serviços públicos de saúde disponibilizados pelos meios estatais, uma

vez que é perceptível que a falta de organização prévia dos procedimentos e estruturas são as maiores causas da crescente busca do Poder Judiciário.

A atual valoração da vida humana faz que a saúde alcance na atualidade os mais altos níveis, para a atuação dos particulares e dos poderes públicos na efetivação do Direito à Saúde, inclusive mediante prestações materiais específicas. Como reflexo da exigência do Estado executor de medidas reais e concretas no fornecimento e fomento da saúde da população, no ordenamento nacional criou-se normas, regulamentos e portarias fundantes do SUS, prevendo um sistema que atribui competências, funcionamento e relação entre os órgãos responsáveis pela instituição do serviço público de saúde brasileiro (FIGUEIREDO, 2007).

5.2 A POLÍTICA DE DISPERSÃO MEDICAMENTOSA

O Direito à Saúde através do fornecimento de remédios em âmbito público brasileiro está relacionado tanto com a regra do artigo 198, II, CF/88, que tem eficácia plena e aplicabilidade imediata (não dependendo de regulamentação infraconstitucional), como também com a redação da legislação ordinária que em seu o artigo 6º, I, d, da Lei n. 8.080/90 declara textualmente estarem incluídas no campo de atuação do SUS a “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica” (ARAÚJO e NUNES JUNIOR, 2008).

Contudo, “a política de Medicamentos no Brasil iniciou-se já na década de 70 e relaciona-se com a criação tanto da Central de Medicamentos (CEME), como com a Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME)” (MARRARA e NUNES, 2010, p. 90).

Até a Magna Carta de 1988 a política de dispersão de medicamentos era executada pela Central de Medicamentos (CEME) que distribuía medicamentos a quem não tinha condições financeiras de provê-lo, de forma centralizada pelo Ministério da Saúde, chegando a prever inclusive, em um de seus artigos, o fato de poder haver também a distribuição de medicamentos mediante abatimentos percentuais sobre o custo destes, a fixar preços para cada faixa de renda das populações a serem atendidas. Ainda destaca tal autor que a CEME, que atuou até 1997, quando foi desativada, possuía uma listagem de medicamentos, além de reduzidos, se comparado às listas atuais, apenas voltados a doenças consideradas

básicas em nível nacional, sem levar em conta as peculiaridade e especificidade de cada região. (SILVA, 2010).

A previsão da CF/88 do Direito à Saúde como direito fundamental social provoca a dupla dimensão dos direitos sociais ao Direito à Saúde, que impõe dever ao Estado ou terceiro de se absterem de praticar atos que prejudiquem terceiros, bem como o dever do Estado fomentar a prestações para implementá-lo.

Nesse sentido, o novo paradigma constitucional pátrio, o Estado Democrático de Direito, fez surgir o Sistema Único de Saúde - SUS com ênfase na saúde como direito de todos e dever do Estado, na descentralização e reconhecimento da relevância pública das ações e dos serviços de saúde e na aplicação da ideia de "saúde" como resultado de políticas públicas e sociais (SILVA, 2010).

Ainda, colaborando com tal assertiva, dentre os princípios do SUS está inscrito o dever de assistência integral, que conforme já foi defendido, impõe o dever Estatal de maneira universal e igualitária dispersar atendimento integral a saúde a quantos deles necessitarem.

Como espécie de política pública de saúde, a dispersão de medicamentos encontra-se respaldo tanto no Texto Constitucional, como também é confirmada pelo art. 6º, inciso VI, da lei 8.080/90, no qual inclui, no campo de atuação do SUS, "as políticas de medicamentos, equipamentos, imunológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção". Ao ser considerada política pública, o Legislativo e o Executivo, em nível federal, fizeram-se significativamente presentes no campo das políticas de medicamentos – ao menos sob ponto de vista teórico-normativo, ao editar, a partir da década de 90, infindáveis diplomas normativos a tratar da matéria, destacando-se as disposições da Lei Orgânica do SUS, a Lei nº 9.313/96 (que disciplinou a distribuição gratuita de remédios para os portadores de HIV), a portaria MS/GM nº 1.587 (que aprovou a revisão da Relação Nacional de Medicamentos), a Lei 9.787/99, (que institui o medicamento genérico), entre outras (MARRA E NUNES, 2010).

Dando concretude às disposições Constitucionais e da Lei 8.080/90, quanto à dispersão de fármacos, destaca-se a Política Nacional de Medicamentos e à Política Nacional de Assistência Farmacêutica.

A Política Nacional de Medicamentos é disciplinada pela Portaria GM/SM nº 3.916/1988 do Ministério da Saúde - que delineia e norteia todas as ações voltadas

para a execução da política pública de medicamentos por meio do SUS, buscando: garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos distribuídos pelo SUS; o acesso da população os medicamentos considerados essenciais; o uso racional; soluções para problemas relacionados com a qualidade; a desarticulação da Assistência Farmacêutica; e a desorganização dos serviços farmacêuticos. É destacável que a Política Nacional de Medicamentos possui como diretrizes prioritárias: a adoção e revisão periódica (a cada dois anos) da Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME); a reorientação da Assistência Farmacêutica, a Promoção do Uso Racional de medicamentos e a organização das atividades de vigilância sanitária de medicamentos (SILVA, 2010).

Aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde através da Resolução nº 338 de 06/05/2004, já a Política Nacional de Assistência Farmacêutica representa uma tentativa de fortalecimento da Política Nacional de Medicamentos, na medida em que apresenta um conjunto de procedimentos de natureza técnica, científica e administrativa que não apenas racionaliza a política de medicamentos, mas também possibilita melhor avaliação e acompanhamento dessa política pública de saúde (*idem, ibidem*).

Avaliando tal contexto percebe-se, de acordo com Marra e Nunes (2010), que o Estado não se quedou inerte na elaboração de ações normativas e concretas para a criação de um direito a medicamentos como forma de concretização do Direito à Saúde, sendo a manutenção do RENAME (Relação Nacional de Dispersão de Medicamentos) a expressão específica governamental quanto à dispersão de Medicamentos. Oportuno ainda também é identificar que a elaboração destas listas depende de exigências relativas aos medicamentos, bem como a comprovação técnica de sua eficiência através de protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, elaboradas pelo Ministério da Saúde, Castro (apud Marra e Nunes, 2010).

Os diferentes níveis federados em colaboração recíproca são responsáveis pelo bom desempenho tanto da Política Nacional de Medicamentos, quanto da Política Nacional da Assistência Farmacêutica, inclusive no tocante ao cofinanciamento dessas políticas, que vem explicitada em cada uma das políticas de saúde, vinculando cada uma das esferas (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) para o financiamento (ou co-financiamento) (SILVA, 2010).

Reconhecendo que as chamadas Políticas Farmacêuticas representam um dos setores de maior impacto financeiro no âmbito do SUS, com tendência de amplo crescimento, sendo as razões apontadas para tal assertiva: o aumento da expectativa de vida (que colaboram com o aumento de doenças típicas da velhice), os crescentes custos dos medicamentos, sem falar no aumento do número de usuários que ingressam nos programas desenvolvidos por essas políticas, o Poder Público buscou soluções para compatibilizar os custos dessas políticas em face dos orçamentos públicos disponíveis, através da edição da Portaria GM/MS nº 204 de 29/01/2007, que previu não apenas a forma de financiamento e transferência dos recursos federais para as ações e dos serviços de saúde do Sistema Único de Saúde – SUS, mas também definiu o financiamento em bloco⁴, racionalizando e uniformizando procedimentos, estabelecendo as reponsabilidades dos entes federados. (*idem, ibidem*).

Francisco Livanildo da Silva (2010) argumenta ainda que as políticas farmacêuticas se realizam com eficácia e eficiência se cumprirem as seguintes fases interligadas e interdependentes: seleção de medicamentos (processo de escolha de medicamentos, estabelecendo a relação de medicamentos como medida assecuratória do seu acesso); programação de medicamentos (momento em que se estimam quantidades a serem adquiridas para atender a determinada demanda dos serviços, em um período definido, objetivando que não haja desabastecimento, levando em consideração dados consistentes sobre o consumo de medicamentos da

⁴ Indispensável é a análise explicativa do Bloco de Assistência Farmacêutica desenvolvida por Francisco Livanildo da Silva (2010, p. 31-32) nos seguintes termos: Segundo tal norma regulamentar, o Bloco de Assistência Farmacêutica (Seção IV) ficou constituído por três componentes: a) **O componente Básico da Assistência Farmacêutica** – destinado à aquisição de medicamentos e insumos no âmbito da atenção básica em saúde e aqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, por meio de recursos financeiros às secretarias municipais e/ou estaduais de saúde ou pela aquisição centralizada de medicamentos pelo Ministério da Saúde, atualmente disciplinado pela Portaria nº 2.982/2009; b) **o componente Estratégico de Assistência Farmacêutica** – destinado ao custeio de ações de assistência farmacêutica vinculado aos seguintes programas de saúde estratégicos: controle de endemias (tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de Chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional), antirretrovirais dos Programas de DST/AIDS, Sangue e Hemoderivados e Imunológicos; e c) **O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica** – em substituição ao antigo Componente de Medicamentos de Dispersão Excepcional – é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca de garantia da integralidade do tratamento medicamentosos, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicadas pelo Ministério da Saúde (art. 8 da Portaria GM nº 2.981/2009).

farmácia, o perfil demográfico da população atendida pela mesma, à demanda e a oferta de serviços de saúde que representa, bem como os recursos humanos que dispõe); aquisição de medicamentos (um conjunto de procedimentos técnico-jurídicos e administrativos através dos quais se efetua o processo de compra de medicamentos contidos no programa, no intuito de colocá-los a disposição na quantidade, qualidade e menor custo/efetividade, mantendo a constante a regularidade do funcionamento de todo o sistema de saúde que dependa dos medicamentos adquiridos); armazenamento e distribuição de medicamentos (conjunto de procedimentos técnicos e administrativos que objetiva assegurar as adequadas condições de conservação dos produtos e medicamentos, desde a recepção ou recebimento dos medicamentos adquiridos em processo licitatório, a sua estocagem, guarda, conservação e controle de estoque, sendo a distribuição o suprimento de medicamentos às unidades de saúde, em quantidade, qualidade e tempo oportuno); e dispersão de medicamentos (conceituado pela Portaria GM nº 3.916/98 como o ato profissional farmacêutico, que consiste em proporcionar um ou mais medicamentos, em resposta a apresentação de uma receita elaborada por um profissional autorizado).

Sobre o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica ou Medicamento de Alto Custo, este corresponde a uma criação recente advinda com a Portaria nº 2.981/2009, com vigência em março/2010, apresentando como critério básico para a cobertura, a ocorrência de doença rara ou de baixa prevalência, com a indicação de uso de medicamentos de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado. Tal recente portaria buscou, entre outras ênfases, a garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, no sentido de prever assim todas as linhas de cuidado definidas em protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicadas pelo Ministério da Saúde, desde as mais simples, até atingir a mais complexa, se isto for necessário para o tratamento do doente via Sistema Único de Saúde – SUS. Como as linhas de cuidado para as doenças contempladas neste componente foram divididas em 3 grupos, é fácil identificação das responsabilidades administrativas e financeiras de cada ente na sua execução, tendo em vista que se definiu a responsabilidade financeira de cada ente na aquisição dos medicamentos que fazem parte deste componente. Outra característica marcante do Componente

Especializado da Assistência Farmacêutica é que os medicamentos constantes nesta lista só são dispersáveis para as doenças descritas de acordo com o CID -10 constantes no Anexo IV da Portaria nº 2.981/2009. De modo geral, apesar da regulamentação normativa atual deste componente considerado de alto custo, ainda é perceptível que ocorre muitos problemas que dificultam e constituem barreiras ao pleno acesso aos medicamentos: o crescente aparecimento de pessoas doentes; as novas tecnologias em medicamentos disponíveis e a possibilidade dos serviços públicos incluírem essas tecnologias em suas coberturas, em que pese os reduzidos recursos orçamentários e os altos custos dessas inovações. (*idem, ibidem*).

Contudo que foi explanado, a dura realidade denuncia que a Políticas Farmacêuticas, apesar de já estarem em vigor a mais de uma década, ainda se encontram em fase de implementação e/ou consolidação, dadas as múltiplas realidades dos entes que compõe o SUS, além da lenta vontade política no sentido de fazer valer a acessibilidade e a integração das ações de saúde, para que ocorra o pleno acesso dos cidadãos os medicamentos, como forma de concretude do seu Direito à Saúde constitucionalmente assegurado.

6 PARÂMETROS DE JUDICIALIZAÇÃO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

A compreensão dos direitos fundamentais no século XXI depende da análise do desenvolvimento histórico da evolução dos direitos fundamentais e suas gerações, inclusive das que deram destaques aos anseios sociais, com o surgimento dos direitos de segunda geração (direito a saúde, à educação...), como também dos direitos de terceira geração, ligados à fraternidade e à solidariedade (direitos coletivos e difusos) (SERRANO, 2009).

O Constitucionalismo, como grande advento, colocou em pauta de discussão a importância de textos constitucionais capazes de indicarem fins, objetos e projetos para a sociedade (OHLWEILER, 2010, p. 292).

A análise da teoria institucional permite a compreensão que os direitos fundamentais são complexos normativos que devem ser protegidos pelo Estado, vinculando a conduta do Estado a uma atuação coordenada através de seus agentes para que se efetivem os direitos fundamentais (SERRANO, 2009). Com isso, Canela Junior (2011, p. 44) afirma que “qualquer ato, comissivo e omissivo, das formas de expressão do poder estatal que não priorize a efetivação dos direitos fundamentais é inconstitucional”.

Ao se inserir direitos fundamentais no texto Constitucional cria-se uma vinculação jurídica obrigacional de direito público entre o Estado e o cidadão, sendo o primeiro o sujeito desta obrigação, e o segundo, o titular de um direito subjetivo. Nesse sentido, “as políticas públicas constituem os mecanismos estatais de efetivação dos direitos fundamentais, mediante a satisfação espontânea dos bens da vida por eles protegidos” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 59).

Argumenta Figueiredo (2007, p. 220) que “a previsão de direitos sociais sempre almejou a supressão das desigualdades fáticas e, com isso, a conquista de liberdade real por todas as pessoas, discriminando-se para igualar, privilegiando-se para equalizar”. Ainda, conforme Serrano (2009), importante é o entendimento atual que é os direitos sociais refletem direitos positivos e igualmente também ações negativas, podendo ser oponíveis de modo individual e coletivo ao Estado e aos particulares.

Reconhecendo que os direitos fundamentais sociais são aqueles direitos sociais institucionalizados em uma Constituição, Canela Junior (2011, p. 54) afirma

que “esses direitos fundamentais sociais formam uma unidade, uma integralidade, porque a sua soma equivale à totalidade da dignidade da pessoa humana”.

A análise do regime constitucional dos direitos fundamentais sociais faz perceber que o ordenamento jurídico brasileiro estipulou um mesmo e único regime jurídico a todos os direitos fundamentais, reiterando a fundamentalidade material e formal dos direitos sociais no ordenamento pátrio. Além do mais, a norma inserida no artigo 5º, §2º, do texto constitucional, estabeleceu a abertura do catálogo de direitos fundamentais ali não encontrados, que podem encontrar-se ao longo da própria Constituição, quer decorram do regime e dos princípios por esta adotados, quer sido pela mesma acolhidos implicitamente, quer, ainda, sejam subsumidos do direito internacional. E, ainda, pela cláusula geral do § 1º do mesmo artigo 5º, prescreve-se a aplicabilidade imediata de todas as normas de direitos fundamentais, um mandado de otimização aos interpretes da Constituição pelo sentido normativo que garanta a maior efetividade possível aos direitos fundamentais, entres os quais os direitos sociais (FIGUEIREDO, 2007).

Merece destaque o posicionamento de Serrano (2009, p. 120):

não é possível deixar de reconhecer que os direitos sociais, como o Direito a Saúde, estão previstos constitucionalmente, devendo ser prestados ao cidadão pelo Estado, por meio de serviços públicos, a serem desenvolvidos através de políticas econômicas e sociais, configurando os mesmos verdadeiros direitos subjetivos, e não integrantes de mera norma programática, de forma que podem ser deduzidos em juízo e devem ser tutelados pelo Judiciário.

O Direito à Saúde, como outros direitos fundamentais, titula o indivíduo em diferentes posições subjetivas (direito de defesa e direito a prestação). Como direito de defesa, veda-se qualquer ingerência na saúde da pessoa, quer sejam praticadas pelo Estado, quer decorram de atos particulares e, nesse sentido, é plenamente tutelável pelo Judiciário. Como direito a prestação, o Direito a Saúde na dimensão protetiva demanda organização de instituições, procedimentos e políticas públicas voltadas à respectiva realização, já em sentido prestacional estrito, o Direito à Saúde estabelece o fornecimento de prestações materiais pelo Estado, como remédios, tratamentos médicos, vacinas, internação hospitalar (FIGUEIREDO, 2007).

A Constituição Federal de 1988, sob o auspício de um Estado Social, demonstrou grande avanço ao reconhecer o “Direito a Saúde como direito social constitucionalmente assegurado que deve ser garantido pelo Estado, através de serviço público, de forma gratuita, a garantir o atendimento integral, com caráter igualitário e universal” (SERRANO, 2009, p. 116). Nesse sentido, o Direito à Saúde, como direito subjetivo pode ser pleiteado em juízo quando o direito não for atendido concretamente.

Marrara e Nunes (2010) chamam a atenção para uma “evolução ondular” do papel do Judiciário, que, inicialmente, apresentava uma postura tímida e conservadora em relação às políticas públicas, tratando as respectivas normas como programáticas, de concretização gradual pelo Estado; e, num segundo momento, alguns segmentos do Judiciário alteraram radicalmente suas posições para entender ser possível ao Estado impor maneiras de como este poderia concretizar o direito à saúde; passando “de uma posição de distanciamento e neutralidade, passou-se ao extremo ativismo”. Observam os autores, finalmente, que hoje o papel do Judiciário tem sido objeto de reflexão, situando-o num status intermediário entre não ignorar a unicidade da Constituição e garantir um mínimo de bem-estar aos cidadãos, respeitando a esfera de elaboração das políticas públicas pelo Executivo e Legislativo.

Conforme Figueiredo (2007, p. 210), a “jurisprudência brasileira tem asseverado a existência de um direito subjetivo originário a prestações materiais em saúde, notadamente ao fornecimento de medicamentos pelo SUS”, porém, como pressupostos da tutela em saúde, o Estado somente deve intervir para assegurar as condições mínimas de existência sempre que a preservação da vida e o respeito à dignidade humana estiverem ameaçados e, quando também, cumulado ao requisito anterior, que se prove a indispensabilidade do tratamento requerido e a ausência de meios próprios para obter a prestação de saúde, sem que se ponha em risco a subsistência própria e/ou da família.

A judicialização deve ser tratada como um exercício de democracia a assegurar um mínimo de dignidade, provocando o Executivo a buscar uma gestão das políticas públicas de modo mais eficaz, capaz de contemplar ao menos a integralidade física dos administrados (SERRANO, 2009).

Sobre a atuação do Poder Judiciário, oportuna é a observação de Canela Junior (2011, p. 90 91):

O pressuposto de atuação do Poder Judiciário é o de realização dos direitos fundamentais, por meio dos mecanismos processuais à sua disposição. Não poderá, por consequência, manter uma postura meramente contemplativa, sujeita às arbitrariedades dos demais poderes, de tal forma que, quando concitado, deverá o Poder Judiciário, na apreciação do direito fundamental violado pela omissão do Estado, exercer conduta pró-ativa e corretiva, desde que procedente o pedido.

O que se busca com a judicialização do Direito à Saúde é o mínimo de condições de saúde, e, por que não dizer, muitas vezes, a garantia da própria vida do requerente, cabendo ao Poder Judiciário avaliar os valores em jogo, levando-se em conta a interpretação dos fatos e dos fundamentos do direito no caso concreto, uma atuação sob parâmetros legais, que requer a aplicação e interpretação da lei específica (SERRANO, 2009).

Para se ter uma ideia da necessidade de se fixarem parâmetros racionais e razoáveis de atuação do Judiciário nesse setor, Ana Paula de Barcellos (2002) aponta diferentes modalidades de eficácia e de faixas de extensão da dignidade da pessoa humana. Para ela, naquelas faixas que compõem uma relação mais estreita com as condições materiais de existência humana (mínimo existencial), correspondente à fração nuclear da dignidade da pessoa humana, é possível a exigibilidade da prestação perante o Judiciário (eficácia positiva ou assimétrica). Já para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrente da necessidade de se manter o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias (margem de liberdade do administrador).

Inobstante as posições doutrinárias em prol da judicialização de direitos fundamentais, tal possibilidade não está isenta de reflexões sobre seus limites e a fixação de parâmetros de segurança jurídica. Assim, a seguir, debate-se sobre alguns parâmetros pelos quais atuará o Judiciário na consecução de direitos sociais, no caso, fornecimento de medicamentos de alto custo a economicamente carentes.

A Constituição Federal de 1988 apresentou a inafastabilidade da jurisdição no rol de direitos e garantias constitucionais. A leitura do inciso XXXV art. 5º que afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse diapasão, renomado comando abarca a ideia que o Poder Judiciário dever de garantir o acesso ao cidadão de forma ampla e irrestrita, sendo ainda tal prestação jurisdicional adequada e efetiva.

Oportuna é a observação de Canela Junior (2011, p. 91) que diz que “ao promover a efetivação dos direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário estará enriquecendo a cidadania, mediante a completude dos direitos fundamentais, em uma atitude ética compatível com o sistema”.

Nesse sentido, o Judiciário, quando devidamente provocado, por meio de sua ação, terá possibilidades concretas da efetivação desses direitos e não deve agir de forma meramente burocrática, o que levaria ao total desrespeito de tais direitos constitucionalmente assegurados (SIQUEIRA, 2011).

A partir do reconhecimento do princípio da inafastabilidade da jurisdição, “as lesões levadas ao Poder Judiciário deverão ser obrigatoriamente apreciadas, desde que, é claro, sejam respeitados os mecanismos técnicos inerentes ao processo” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 94). Assim, percebe-se que existem parâmetros os quais devem ser examinados a cada caso concreto, sobretudo diante da política de medicamentos.

Determinado como Direito Fundamental, o Direito à Saúde, além de estar previsto no corpo da Constituição Federal, é perceptível o fato que o legislador constituinte originário previu instrumentos para efetivá-lo, através, tanto de instrumentos individuais, como de instrumentos coletivos.

As Ações Civas Públicas são forma eficiente e válida de atuação do Poder Judiciário no Direito à Saúde, por este direito ter perfil coletivo. Quanto à entrega de fármacos, para não ocorrer violação do princípio da separação dos poderes e da discricionariedade, inerentes ao ato administrativo, não devem ser objeto dessas demandas propostas de alterações das listas de autoria da Administração Pública, mas verificar se a escolha do administrador quanto a tal medicamento atende à sua finalidade. Provando-se que a finalidade de recuperação e manutenção da saúde frente a tal enfermidade não está sendo cumprida ou o modo de execução revela-se insuficiente, diante de um medicamento novo, de melhor resultado clínico, de melhor

posologia e até mesmo de menor custo para os cofres públicos, pode-se forçar que o Poder Público atue no melhoramento do tratamento disponível através do instituto.

Mas tal percepção não provoca qualquer desmerecimento quanto aos instrumentos individuais, tendo em vista que, sobretudo quanto ao Direito à Saúde, as demandas individuais tendem a apresentar peculiaridades quanto às condições econômico-social dos indivíduos (economicamente necessitados ou impossibilidade diante do alto custo para até um indivíduo com razoável condição financeira), quanto à urgência (se há necessidade de liminar ou não) diante das condições clínicas de cada requerente e qual a prestação de saúde pública (entrega de fármaco, realização de cirurgia ou exames clínicos) que se almeja diante da insuficiência ou não prestação por parte do Poder Público (SIQUEIRA, 2011).

Nas ações judiciais individuais que expõem a necessidade de fármacos em meio a danos à própria saúde do requerente é imprescindível uma instrução probatória adequada para a lide, isto é, com base no princípio da cooperação, no sentido que o juiz geralmente é submetido a apreciar informações técnicas de entes públicos e dados clínicos trazidos pela parte autora. A prova trazida aos autos mostra se a medicação requerida é segura para o controle da doença e que não há programa público de saúde adequado para o caso concreto (LINS, 2010).

Além da instrução probatória, as ações judiciais individuais precisam demonstrar o Cartão de Usuário do SUS no sentido de que o autor passou por procedimentos administrativos e clínicos em posto de saúde, e que posteriormente foi encaminhado para hospital de maior magnitude em virtude da busca de tratamento efetivo de sua enfermidade. Em seguida, demonstra-se a impossibilidade de aquisição dos fármacos porque certamente os valores efetivos do tratamento podem comprometer a renda familiar, comprovados por orçamentos da rede privada (orçamentos que são possíveis apenas para fármacos comercializados abertamente) ou por fontes oficiais (como editais orçamentárias de compras de estados e municípios).

A prova da impossibilidade financeira geralmente ocorre por imposto de renda, na ausência de comprovantes de benéficos ou de renda laboral. Receituário médico e demais exames vinculados ao SUS também comprovam a ausência de plano de saúde privado e a hipossuficiência alegada nas casuísticas.

O histórico clínico, através de prontuários e exames anteriores, é avaliado no sentido que se verifique se o autor recebeu todos os tratamentos disponíveis possíveis para a patologia, mas que continua sem êxito na obtenção da saúde, devidamente comprovado por razões científicas, e ainda o tempo que o profissional da saúde acompanha o autor (LINS, 2010).

Ao se requer fármacos indispensáveis para o tratamento, o autor deve demonstra se há previsão dos mesmos nas listas de distribuição, e que a unidade encontra-se indisponível sem justificativa, ou se forem diversos, identificar quais as razões que o medicamento fornecido pelo SUS não se adequa ao tratamento requerido diante da especificidade clínica da casuística.

Quando o tratamento requerido não tem previsão nos protocolos clínicos, indispensável é a leitura do entendimento explanado nos seguintes termos:

Pode ocorrer, também, de-se solicitar tratamento que não tem previsão nos protocolos clínicos vigentes ou programas de financiamento. Nesses casos, deve ser avaliado, por exemplo, se se trata de doença que atinge um percentual muito pequeno da população se considerada uma gama infundável de outras enfermidades e que ainda precisa de regulamentação. Isso porque a demanda de saúde deve ser pensada de modo a alcançar o maior número de pessoas em um país com o tamanho e a diversidade do Brasil. Assim, de forma objetiva e considerada a realidade, é difícil prever e tratar todas as doenças existentes (LINZ, 2010, p. 113).

Julgados nacionais aponta que quando a entrega de fármaco é por tempo indeterminado, ou enquanto durar o tratamento ou para uso contínuo, os tribunais brasileiros estão se posicionando no sentido de estabelecer a apresentação de relatório atualizado, com determinada periodicidade, descrevendo e atestando a necessidade de continuidade do fármaco/tratamento, sendo isso uma importante saída para se evitar que requerentes continuem fazendo uso de medicamentos que não surtam os efeitos esperados (*idem, ibidem*).

Sobre o aumento das demandas de saúde, nesse ângulo são assertivas de Linz (2010, p. 117):

O aumento das demandas judiciais relativas ao direito à saúde é preocupante, não só porque envolve um tema social, econômica e clinicamente delicado, mas também por ocorrer o risco de entender que a solução para as dificuldades existentes no sistema público de saúde está

no Poder Judiciário, que por mais que tenha legitimidade para a concretização dos direitos fundamentais (art. 5 XXXV, CRFB), se vê diante de limites de atuação ainda indefinidos.

Apesar disso, é bom lembrar que no contexto do constitucionalismo brasileiro não se pode admitir que o Poder Judiciário deixe de intervir diante das omissões do Poder Público em programar e executar com eficiência as suas políticas sociais, porque isso só aumenta o quadro das profundas desigualdades e a ausência do mínimo existencial dos despossuídos, situações que legitima e justifica no sentido que seja garantido os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição (LOPES, 2010).

O que não se pode deixar de notar é que a exigibilidade do Direito à Saúde corresponde a um direito subjetivo que exige respeito e não interferência (pretensão defensiva) e ainda requerer proteção e fornecimento de bens (pretensões de caráter prestacional). Importante é que a própria Constituição que prever o Direito à Saúde como direito fundamental também apresenta o juízo de ponderação entre o direito fundamental questionado e outros direitos fundamentais e/ou bens, valores e princípios, por meio de uma proporcional distribuição de ônus e benefícios (SARLET, 2004).

Diante disso, apesar da própria ponderação constitucional, ocorre que as normas de direitos fundamentais apresentam uma eficácia mínima: um núcleo que não recebe qualquer restrição lícita e válida. Tal eficácia mínima corresponde ao núcleo dos direitos subjetivos que se revelam através da análise do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, da análise da reserva do possível, do entendimento do núcleo essencial e ainda de uma definição do que corresponde o mínimo existencial no caso concreto. Quando o princípio da dignidade humana colabora com a definição do conteúdo mínimo existencial, autoriza-se a justiciabilidade, tendo em vista que a proteção dos direitos sociais se trata muitas vezes de superar as condições econômicas (FIGUEIREDO, 2007).

Um dos instrumentos mais visualizados nas demanda de Saúde refere-se à possibilidade do magistrado estipular (de ofício ou a requerimento das partes) multa pecuniária em caso de descumprimento, além da medida imposta do caso concreto, por exemplo, seja a entrega do fármaco ou a liberação da quantia necessária para

realização da compra do mesmo pelo requerente ou outro ente federativo. Assim, dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4o, e 461-A). (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002).

Nota-se que também é de indispensável à leitura os dispositivos seguintes que também permite ao juiz determinadas atuações nessa senda de meios coercitivos de sub-rogação⁵, para a efetividade dos pedidos, sobretudo nas demandas de Saúde.

⁵ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994) § 1o A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível à tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994) § 2o A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994) § 3o Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994) § 4o O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994) § 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002) § 6o O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002).

Art. 84, CDC. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do

Assim, incube ao magistrado atuar de modo a efetivar os direitos fundamentais, sobretudo quanto à entrega de fármacos aos economicamente necessitados que comprovem, tanto a injustificada indisponibilidade e/ou ineficiência da política de medicamentos do Poder Público, quanto a necessidade indispensável do tratamento requerido para a manutenção da sua saúde. Nesse sentido, Zollinger (2006, p. 72) afirma que “o magistrado enquanto representante do Poder Judiciário, não tem a possibilidade, mas o dever de intervir, sempre que necessário, para a efetivação dos direitos fundamentais”. Diante dessa atuação, muito se busca analisar se há ou não violação do princípio da separação dos poderes.

6.2 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A origem do Princípio da Separação dos Poderes ocorreu como reflexo da tentativa de cumprimento de ideais iluministas, o que fez o Estado então a passar a ser regido por dois princípios fundamentais: a limitação da intervenção estatal nas liberdades individuais e a distribuição de competências, a fim de se evitar as amarras não mais suportadas do regime absolutista em decadência (BONAVIDES, 2003).

Considera-se que foi do princípio da distribuição de competências que se evoluiu o chamado princípio da separação dos poderes diante da visível busca de alicerçar o princípio de que a atuação de cada poder deveria delimitar-se num sistema de freios e contrapesos, no qual um poder limitava o poder. Levando em conta tal situação, desenvolvem-se as palavras de Bonavides (2003, p. 158):

Em verdade, o velho Estado Liberal das épocas clássicas, depois de cumprir a sua missão revolucionária e exaurir sua essência racionalizadora, incorporou as instituições estatais – e nelas aumentou – o princípio da separação dos poderes, talvez no terreno das garantias constitucionais da liberdade sua herança mais feliz, mais prospera e mais estimável.

preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

É no Estado de Direito que a liberdade surgiu através da limitação dos poderes, fazendo nascer uma democracia que clama a participação popular. É com essa visão de liberdade que o ordenamento jurídico brasileiro expõe os ditames do art. 2º da CF/88: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, entendendo com isso ser necessária à intervenção entre os poderes, a fim de efetivar direitos e evitar abusos. Assim, quando os objetivos da República Federativa do Brasil não foram efetivados, não só o Poder Judiciário, mas administrativa e legislativamente existe a legitimidade de persecução republicana (LOPES, 2010).

A legitimidade de interferência entre os poderes existe se essa interferência ocorrer em prol dos direitos da sociedade, ou seja, quando se revelar um mecanismo de democracia. Daí ser legítimo a atuação de magistrados através de decisões que podem vir a ser fonte normativa, tendo em vista que a sua atuação deve respeitar a estrutura constitucional e ainda o sistema jurídico infraconstitucional, que deve estar em consonância com a Constituição (*idem, ibidem*).

A efetividade praticada pelo magistrado deve ocorrer frente à discricionariedade do administrador público, com o limite na atuação correta do administrador, tendo em vista que, se o administrador realizar suas atividades legítimas de modo eficiente e de acordo com a Constituição, dentre as quais a de efetivar as políticas públicas, estará imune, pois, estaria respeitando os direitos fundamentais, e a atuação do judiciário não seria então necessária (LOPES, 2010).

Existe uma correlação entre o princípio da reserva do possível e o princípio da separação dos poderes. A interpretação acerca de tal relação aponta um sentido clássico e um sentido contemporâneo. No clássico, aduz Figueiredo (2007, p. 145):

o princípio da separação dos poderes procura atribuir a cada órgão funções determinadas e próprias e, nesse sentido, intenta vedar o exercício do poder por órgãos diversos daqueles aos quais tenham sido discriminadas constitucionalmente as funções estatais [...] cabível, pois, reconhecer-se a ocorrência de inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º), sempre que decisões alocativas, isto é, decisões acerca da aplicação dos recursos públicos, sejam tomadas por administradores e juízes em descon sideração às opções legislativas já estabelecidas – que, no caso brasileiro, constam das leis e planos orçamentários.

A tese atual defende uma releitura do princípio da separação dos poderes que, nas lições de Figueiredo (2007, p. 147) seria basicamente promover um “modo funcional e cooperante, sob o influxo da eficiência na realização das tarefas estatais e, conforme exposto, a partir de uma restaurada interpretação das ideias de Montesquieu: colaboração, equilíbrio e interdependência entre os Poderes”.

Nesse sentido, argumenta Canela Junior (2011, p. 94) que “o princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado para justificar a violação dos objetivos do Estado, aos quais, todas as formas de expressão do poder estatal estão vinculadas”.

A interpretação contemporânea do princípio da separação dos poderes é o caso do direito constitucional brasileiro (art. 5º, XXXV, CF/88), que admite por força constitucional o exercício da atividade jurisdicional, mesmo em searas tidas como tipicamente políticas e, por isso, impossíveis de controle judicial, mas, devendo haver a observância da ponderação concreta dos bens constitucionais em conflito, uma decisão que vise à proteção e/ou efetividade do direito fundamental social ora pleiteado. Nesse diapasão, expõem-se o posicionamento de Figueiredo (2007, p. 148) nos seguintes termos:

A decisão judicial que interfira em políticas públicas, sobretudo quando imponham o dispêndio e/ou alocação de recursos públicos, deve ter presente o caráter excepcional de que se reveste, uma vez que mitiga a separação dos Poderes consagrada constitucionalmente para permitir a intervenção direta do Judiciário nas decisões sobre políticas públicas – *in casu*, de efetivação dos direitos sociais a prestações matérias, especialmente do direito à saúde.

Assim, como o Estado brasileiro constitucionalizou a efetiva consecução dos direitos fundamentais sociais, defende Canela Junior (2011, p. 95) que “não pode o Poder Judiciário desviar-se deste compromisso político-institucional, recusando a atividade corretiva que a Constituição lhe outorgou”, pois sua atuação jurisdicional, sobretudo quanto à entrega de fármacos aos economicamente necessitados que comprovem a indisponibilidade injustificada do tratamento no SUS, busca a satisfação dos direitos fundamentais sociais, fator que assegura a unidade do sistema.

6.3 DA RESERVA DO POSSÍVEL

O orçamento público apresenta uma finitude. Diante desta característica, não poucas vezes, sobretudo quanto do diante de prestações medicamentosas, a reserva do possível é levantada como argumento fundado em estatísticas que apontam uma progressão geométrica de gastos e a limitação dos recursos imposta pela arrecadação e as demais despesas públicas (FIGUEIREDO, 2010).

Conforme Canela Junior (2011, p. 102) "alega-se que o Poder Judiciário não pode conceder direitos cuja satisfação demandará receitas não disponíveis pelo Estado", pensamento que contradiz tanto com a independência do Poder Judiciário, como também pelo o fato que o Estado brasileiro possui objetivos (art. 3º, CF/88) a serem efetivamente atendidos, de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização, e não como óbice.

Refletindo-se no sentido que todo direito tem custos, a reserva do possível não deveria ser utilizada como critério de discriminação apenas para os direitos sociais, como se apenas fizesse sentido se aplicado aos direitos sociais de prestações materiais. Na verdade, a reserva do possível submete-se a todo e qualquer direito fundamental, pois todos os direitos têm custos e, por tanto, limites. Como bem lembra Novais (apud Figueiredo, p. 138):

deve vigor como um mandado de otimização dos direitos fundamentais: o condicionamento material faz dos direitos sociais, sempre, direitos, "sob reserva do possível", a impor ao Estado não garantia absoluta de inviolabilidade e de tutela da auto determinação individual, mas, antes, o dever jusfundamental de, "tanto quanto possível", promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em questão de preservar os níveis de realização já atingidos.

Os Direitos Sociais denotam prestação pecuniária. Quanto à aplicação do denominado princípio da reserva do possível, este deve ser utilizando com muita cautela, neste sentido, brilhante é assertiva de Siqueira (2011, p.276):

Temos que a limitação econômica pode até levar à limitação dos direitos fundamentais, desde que, tais limitações sejam devidamente justificáveis; elas, porém, jamais poderão exacerbar o mínimo necessário de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

O argumento da reserva do possível só é juridicamente válido quando estivermos diante de cofres públicos completamente vazios, sob pena de que os Direitos Sociais não serão respeitados por causa da ineficiência da gerência dos recursos públicos ou até mesmo diante da discricionariedade exacerbada que prejudica a ordem de investimentos que teriam a prioridade por força constitucional (CANOTILHO, 2003).

Sobre a teoria da "reserva do possível" argumenta Canela Junior (2011, p. 108) que não rara às vezes "traz em si o espírito estritamente liberal - ou neoliberal-, incompatível com a realidade da Constituição brasileira, porquanto pretende uma inatingível estabilidade orçamentária, afastada dos postulados programáticos do Estado social".

As promessas não cumpridas e até mesmo a insuficiência da política implantada são as observações brilhantes que se referem o Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45/DF⁶, no sentido que, *in verbis*:

"O caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)".

Nesse sentido, se os recursos destinados à saúde não são suficientes, é perfeitamente cabível que se retirem de outras áreas, como transporte, investimento econômico, para a área da Saúde, que está diretamente ligada à vida e à integridade física dos cidadãos, tendo em vista que tais prioridades são as

⁶ Revista Trimestral de Jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello.

constitucionalmente previstas como fundamentais do Estado Democrático de Direito, que tem a dignidade da pessoa humana como de observância obrigatória também pelos gerenciadores da atividade pública (SIQUEIRA, 2010).

Na área da saúde, é comum que o argumento da Reserva do Possível seja utilizado pelo Estado para delimitar e se afirmar um obstáculo genérico às prestações materiais que os cuidados médicos pleiteados dependam. De um modo geral, "sabe-se que a limitação de recursos existe, mas também não se pode esquecer que a arrecadação dos recursos públicos, tem por finalidade a concretude dos objetivos traçados na Constituição" (LOPES, 2010, p.144), sobretudo no Brasil, que possui carga tributária maior do que nos EUA⁷ e que alcança a condição de candidato à potência econômica mundial⁸.

Sobre tal assertiva, brilhante é a lição de Ana Paula Barcellos (2002, p. 271 272):

A promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida esta em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingidos é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Não é razoável sob o argumento da reserva do possível tornar o Direito à Saúde um direito, que nas palavras de Canotilho (2003, p.481), seria um "direito social sob reserva dos cofres cheios", ou simplesmente, suprimível por omissão

⁷ "A carga tributária do Brasil é maior do que a de países como o Japão, os Estados Unidos, a Suíça e o Canadá. A comparação faz parte de estudo da Receita Federal divulgado hoje leva em conta os dados mais recentes, apurados em 2008, entre os países-membros da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico)". FONTE: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/792959-carga-tributaria-no-brasil-e-maior-do-que-nos-eua-dinamarca-lidera.shtml> Acesso em: 14 de março de 2012.

⁸ "Segundo projeções do Fundo Monetário Internacional e das consultorias Economist Intelligence Unit (EIU) e Business Monitor International (BMI), o Brasil passará o Reino Unido e ocupará o posto de sexta maior economia mundial." FONTE: http://economia.terra.com.br/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201110300644_TRR_80413696 Acesso em: 14 de março de 12.

legislativa! Daí a necessidade de ponderação que se instala entre esses argumentos e o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Como principais razões que impedem que a reserva do possível ataque genericamente os direitos fundamentais, tem-se o fato que: a efetivação dos direitos fundamentais ocorre de várias formas; a atual conjuntura política de consagração de uma Constituição que apresenta mecanismos especiais e de força para a proteção e a relevância axiológica dos bens jurídicos tutelados em seu corpo; e, a existência da individualidade e interdependência dos Direitos Fundamentais por causa da atuação internacional dos Direitos Humanos (FIGUEIREDO, 2010).

O argumento da reserva do possível não pode ser vetor de pretexto para o Poder Público ter a liberdade de escolher determinada cena política em detrimento do núcleo intangível do mínimo existencial que os direitos fundamentais sociais, sobre tudo quando diante de Direito à Saúde, protege, o que muitas vezes é a própria sobrevivência do indivíduo (LOPES, 2010).

Nesse sentido, Canela Junior (2011, p. 110) argumenta que “não poderá o Estado paralisar a realização concreta de seus objetivos por ausência de substrato econômico, mas deverá redimensionar as suas receitas e os seus gastos para atingi-los”.

Importante é transcrever a redação do eminente relator da ADPF nº 45/DF diante da atualidade de suas considerações quanto ao argumento da reserva do possível, in verbis:

a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O argumento da reserva do possível é abstrato ao ponto de não representar o papel do Estado em distribuir e realizar a Justiça. Se o patrimônio do Estado não é suficiente, argumenta Canela Junior (2011, p. 103), que se abram dois caminhos para solução: “a) a aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos

recursos existentes, no caso de concessão de tutelas de urgência; ou b) o ajuste orçamentário para o cumprimento da sentença transitada em julgado”.

Contudo, percebe-se que tanto a reserva do possível como a separação dos Poderes não são princípios tão poucos absolutos, sendo a pertinente a conclusão desenvolvida por Canela Junior (2011, p. 111):

A interferência do Poder Judiciário no orçamento público, não somente é permitida, como igualmente obrigatória, nas hipóteses de violação dos direitos fundamentais sociais. Tal interferência, contudo, não poderá representar a crise econômico-financeira do Estado, mas tão somente a formação vinculada dos elementos programáticos do orçamento, a fim de que os objetivos estatais sejam efetivamente atingidos no tempo.

Contudo, o princípio da reserva do possível não deve ser fato impeditivo do juiz constitucional, mas medida de sua extensão, quantidade ou intensidade, em consonância com a regra da proibição dos excessos. Somente diante da ausência total de recursos é que a reserva do possível pode ser considerada argumento válido, fora desta realidade, não se justifica a falta de promoção de políticas públicas, em países como o Brasil, considerado como uma das grandes economias do mundo.

6.4 DA PROIBIÇÃO DOS EXCESSOS

Quanto à proibição dos excessos, que se encontra atrelado ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, variadas decisões judiciais demonstram que caso a caso, que é diante da atuação do duplo grau de jurisdição que se perfaz tal intervenção necessária justificada pela razão prática, garantindo as devidas fiscalizações por parte dos Tribunais das Turmas recursais e, até mesmo, a fiscalização do Ministério Público. Com isso, afere-se que na demanda que envolve o Direito à Saúde encontra-se a indispensável necessidade do fármaco, a ausência da capacidade econômica para os custos e a indisponibilidade ou recusa injustificada do Poder Público em fornecer o tratamento requerido, reformulando-se assim eventuais decisões incoerentes com os princípios constitucionais.

6 5 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

A preservação da unidade e da supremacia da Carta Magna é reflexo do atual sistema aberto, que é apto a ser contemplado e recriado, conforme se alteram os fatos e os valores sociais vigentes na sociedade. Esse ordenamento corresponde a um sistema jurídico de princípios e regras no sentido de expressar os ditames do Estado Democrático. Tais princípios representam um procedimento metódico de concretização das regras. Ao lado das regras, os princípios são normas jurídicas válidas e eficazes (SIQUEIRA, 2010).

Quando há choque entre os direitos fundamentais, variadas decisões judiciais, sobretudo as que se referem à entrega de fármacos, vem apresentando em muitas passagens a criação do que podemos denominar de Princípio da Proporcionalidade: estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos na busca de harmonização entre os bens conflitantes. Levando em conta tal consideração, conclui Figueiredo (2007, p.121) nos seguintes termos:

O princípio da proporcionalidade apresenta caráter dúplice, ao menos no campo dos direitos fundamentais, por vigor tanto sob a forma de objeção, quanto de parâmetro mínimo de eficácia desses direitos. Incide como fator de restrição a determinado direito fundamental, para afastar as posições subjetivas não compreendidas pela tutela jusfundamental e, com isso, evitar excessos e a absolutização dos direitos fundamentais. Todavia, também se faz vigente para impedir abusos na restrição a esses mesmos direitos, operando como critério de aferição da razoabilidade das medidas restritivas. É utilizado, por conseguinte, como diretriz de vedação dos excessos e insuficiências, a fim de assegurar, a final, a salvaguarda dos direitos fundamentais, bem como a unidade e a supremacia normativa do sistema constitucional.

Relacionando-se com a reserva do possível, com o princípio da Separação dos Poderes, com as regras constitucionais de competência, com o princípio federativo, com a universidade de acesso aos serviços de saúde, com o princípio da igualdade, nas palavras de Figueiredo (2007, p. 122), a importância do princípio da proporcionalidade corresponde a ser um critério que:

guarda pertinência com a proteção do conteúdo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais, com a garantia da proibição do retrocesso e com a definição das prestações que devem integrar um mínimo existencial, impedindo que o direito fique desprotegido pela carência, total ou parcial, da legislação conformadora.

O método de aplicação do princípio da proporcionalidade repousa no que a doutrina divide em: adequação, necessidade e proporcionalidade. Nas palavras de Figueiredo (2007), a adequação é examinar a eficácia do meio escolhido para atingir o objetivo, equiparando-se à proibição de arbítrio ou vedação de excesso; a necessidade ou exigibilidade corresponde observar se a medida é menos gravosa, mais eficaz e imprescindível para assegurar o objeto, características apenas perceptível diante da análise real dos casos concretos; já a proporcionalidade em sentido estrito, corresponderia a avaliação das vantagens do fim perseguido em oposição às desvantagens do meio restritivo escolhido.

Advirta-se, muitas vezes assemelhado com o princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade busca uma perspectiva que afere no ponto de vista do indivíduo, in concreto, se o mesmo recebeu uma medida demasiadamente justa ou grave, considerando as circunstâncias dos indivíduos envolvidos.

O princípio da razoabilidade, portanto, veda a exagerada afetação do direito fundamental desde um *prima subjetivo*, como forma de proteção à liberdade e à autonomia da pessoa (FIGUEIREDO, 2007, p. 130).

6.6 PROPORCIONALIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA

Na busca do equilíbrio da atuação do Poder Judiciário, como o primeiro norte quanto à interpretação dos direitos fundamentais se diz respeito à extensão da execução do julgado quando se está diante do Direito à Saúde do particular e a conformação política e financeira do Poder Público. Afinal, apoiado no dever de solidariedade das relações interpessoais e diante do fato de que importam em custo as determinações judiciais quanto a usos dos serviços de saúde médicos/farmacêuticos, mesmo em situações de emergência, o aplicador da norma não pode ignorar a questão de encontrar os meios menos onerosos, quando tal opção seja possível, discernimento de correlação íntima com o princípio da proibição dos excessos.

Ana Paula Barcelos (apud Lopes, 2010, p. 133) argumenta no sentido de ser bem difícil imaginar que a sociedade brasileira possa custear toda e qualquer prestação de saúde disponível a todos os cidadãos. Porém, o argumento que a concessão de determinado fármaco estaria prejudicando o direito de acesso de todas as demais pessoas que também possuem direito à igual acesso aos serviços médico-farmacêuticos, não deve prosperar porque é cristalino reconhecer que nem todos são iguais e que por isso nem todos precisam de cuidados médicos em mesma recorrência e em intensidade (LOPES, 2010).

Especialmente quanto à entrega de fármacos, geralmente quem bate as portas do Poder Judiciário são os despossuídos que carregam na história de vida uma bagagem de desigualdade material de inúmeros nutrientes e oportunidades sócio-políticas. Estes buscam, fundamentalmente, nivelar os desníveis da distribuição democrática dos recursos públicos, que tanto os macularam no sentido de não possuir nem mínimo de condições materiais para prover com suas custas o tratamento digno de sua enfermidade. Logo, sobretudo nestes casos, a prestação medicamentosa figura-se como o mínimo social almejado em uma sociedade que deveria ser justa e bem ordenada⁹ também para esta parcela social (os economicamente necessitados) (*idem, ibidem*).

Como bem apregoa Lopes (2010), a realidade da prática forense, que simbolizada a crescente atuação das Defensorias Públicas em demandas de Saúde, na defesa de quem postula o fornecimento de medicamentos, faz com que a cada dia o Poder Judiciário esteja mais reservado a fornecer medicamentos apenas aos hipossuficientes.

Nesse sentido, é muito recorrente que quem bate às portas do Poder Judiciário tem a real necessidade quando se trata de Direito à Saúde, pois se possuísse recursos para ter os insumos para garantia de sua saúde, certamente providenciaria todas as suas custas, pois na dor e no perigo de morte, nada substitui o desejo de almejar a Saúde, que é Vida Digna!

67 IGUALDADE E UNIVERSALIDADE

⁹ art. 3º da CF/88: "a construção de uma sociedade livre, justa e solidária"

A discursão de acesso à saúde também passa pela análise da questão do princípio da igualdade e da universalidade. Como considerações pertinentes a ao princípio da igualdade, explica Figueiredo (2007, p. 166):

O princípio da igualdade não determina o mesmo tratamento ou benefícios a todos, mas assegura apenas que, no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado os indivíduos sejam tratados com igual preocupação e respeito.

É evidente a relação entre os direitos sociais e a igualdade esta atrelada que nos países, como o Brasil, devido a desinformes distribuições dos recursos, muitos cidadãos padecem sem sequer conseguirem sozinhos almejar o mínimo que um ser humano precisa. Com isso, os direitos sociais assinalam no sentido instrumentar saídas para quem esta em situação de inferioridade. Assim, é preciso tratar de modo desigual o que é diferente na busca da igualdade que foi consagrada pela fraternidade, oriunda da tríade francesa (*idem, ibidem*).

O indivíduo com condições deve ser incentivado no desenvolvimento de si próprio. A “ajuda” será apenas para os necessitados e na medida de suas carências, uma oportunidade mínima decente (LOPES, 2010).

6.8 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Diante entendimento crescente da competência do Poder Judiciário para atuar na defesa dos direitos fundamentais, cada vez mais, busca-se o Judiciário brasileiro para solucionar lides envolvendo a falta ou a insuficiência da prestação medicamentosa. Na tentativa de contribuir com o interpretar qual é o mínimo positivado nos direitos fundamentais, os juízes, em consonância com o melhor direito, manifestam seu entendimento nas decisões apontando que o mínimo são os cuidados médico-hospitalar-farmacêuticos para almejar a cura.

Canela Junior (2011, p. 101) que afirma que “quando atuam no sentido da realização dos direitos fundamentais sociais, os juízes não somente garantem a sua legitimidade democrática, como igualmente contribuem para a construção de uma democracia verdadeiramente social”.

O magistrado diariamente analisa pedidos complexos que dependem de um provimento judicial efetivo: o que fazer quando alegada a escassez ou ausência de medicamentos nos estoques, medicamentos estes já previstos em legislações infraconstitucionais e que por isso demonstra-se que já passaram pelo filtro do Poder Público ao se encontrar na lista de medicamentos imprescindíveis para a prestação de saúde pública? Aguardar nova legislação supletiva ou com fundamento direto na Constituição ou atender ao pedido diante da injustificável omissão estatal? E na falta de vagas na rede pública hospitalar para uma cirurgia de emergência, o que fazer? Aguardar que o Estado abra uma ou determinar que o Estado aumente o número de hospitais ou de centros cirúrgicos ou de equipes de cirurgia? E o fornecimento de insulinas e suprimentos médicos para medição diária para controle de diabetes? E o fornecimento de drogas imunossupressoras para transplantes renais? E o fornecimento de drogas para controle de doenças psiquiátricas, como esquizofrenia? E o fornecimento de leitos de UTI? E o fornecimento de Cirurgias Cardíacas com Stentes? E as cirurgias sucessivas para a continuação de tratamento? Cuidados que o Sistema de Saúde Pública por uma razão ou por outra não o fez. Nenhum argumento rebate a realidade dos fatos da vida dramática em meio ao caos noticiado diariamente do serviço de saúde pública!¹⁰ Como negar o perigo de morte ou latentes danos irreparáveis a saúde em pleitos judiciais em nome da separação dos poderes e da discricionariedade dos atos do Poder Público?

¹⁰ **COREN denuncia caos nos postos.** "[...] Na nossa unidade falta papel toalha, seringas, luvas, gases, máscaras, as coisas mais básicas. Nós estamos sujeitos a acidentes de trabalho como contaminações porque não temos luvas para usar", contou. E a situação fica ainda pior. De acordo com os enfermeiros só há determinados remédios em unidades que tem farmacêutico. As insulinas para diabetes até chegam aos postos, mas não há seringas nem agulhas. Os contraceptivos não chegam às unidades de saúde. Não há nem camisinhas nem anticoncepcionais. [...] De acordo com informações da ação civil, estavam em falta os seguintes medicamentos: Ácido Acetilsalicílico 100mg, Cefalexina 250 e 500mg, Diazepam 10 mg e 5mg (comprimido e ampola) e todos os itens do programa HIPERDIA, que atende pacientes com diabetes e hipertensão. [...] Questionado sobre a aquisição, por parte do município, de equipamento para o sistema de ponto eletrônico, o secretário disse que a compra está sendo feita pela Secretaria de Administração. "Essa verba é da Secretaria de Administração e não pode ser utilizada pela SMS ou por qualquer outra pasta, pois é uma fonte específica. Não há possibilidade de transferência de fonte. Além disso, nossos recursos para compra de medicamentos são de mais de R\$20 milhões, uma quantia considerável. O problema era a gestão", disse Trindade. Outro problema que será resolvido com integração do sistema de medicamentos é a questão do desvio de medicamentos. Hoje a SMS não tem como controlar a quantidade de material que é entregue e de que forma ele é distribuído pelas unidades de saúde. "E com esse novo sistema haverá todo o controle". Fonte: <http://tribunadonorte.com.br/noticia/coren-denuncia-caos-nos-postos/172639> Publicação: 12 de Fevereiro de 2011; Acesso em: 07 de Abril de 2012.

No Brasil, o sistema público de saúde é custeado por recursos da seguridade social¹¹. Os que defendem a discricionariedade das políticas públicas para os Direitos Sociais, sobretudo quanto à escolha do modo de concretização das políticas de saúde, declaram que quando o Poder Judiciário, através da atuação de seus magistrados, delibera o pagamento ou o fornecimento de determinado tratamento farmacológico a determinado indivíduo, atua de modo a ferir a previsão orçamentária e a livre discricionariedade das políticas públicas, realizando as atividades destinadas aos detentores provisórios do Poder Legislativo, que são os que representam os desejos da maioria devido ao resultado do sufrágio.

Analisar a legitimidade da jurisdição constitucional e a legitimidade decorrente do voto é traçar um paralelo entre um Estado constitucional estruturado sobre direitos fundamentais e o princípio democrático da maioria (SIQUEIRA, 2010).

Nessa concepção, a intervenção judicial apresenta legitimidade diante do fato que o Estado de hoje não mais se filia à ideia Liberal que os direitos fundamentais não seriam mais do que direitos subjetivos de liberdade, mas sim a concepção que qualifica os direitos fundamentais como normas objetivas de princípios e de observância obrigatória por todo o ordenamento jurídico (*idem, ibidem*).

Além do mais, nos termos da Constituição, é pacífico o entendimento que há legitimidade democrática do processo de controle e fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos dos demais poderes do Estado. Com isso, se justifica e se entende que a jurisdição constitucional busca a intenção de preservar a divisão dos poderes, pois é dever da tarefa jurisdicional proteger o

¹¹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000). § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000). I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000). II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000). III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos (LOPES, 2010).

A favor da jurisdição constitucional também está o fato que os anseios do povo encontram-se esculpidos na Constituição e a atuação do Poder Judiciário alcança a sintonia na busca da realização do projeto político-social de seu povo. Tal posicionamento é perceptível diante da multiplicação de ações que prima o Direito como via institucional de resolução de lides, graças ao reconhecimento da evolução do Estado Constitucional de Direito e sua aceitação pela nação como autoridade.

A democracia e os direitos fundamentais não são ideias antagônicas, mas garantias recíprocas, pois o exercer da autonomia pública (soberania popular) depende da preservação da autonomia privada (direitos fundamentais). Assim, possivelmente quem defende o antagonismo esta representando a vontade da maioria provisória no poder que estar sob a influência de certo e determinado momento social (LOPES, 2010).

Nesse sentido, pertinente afirmação de Canela Junior (2011, p. 103):

O compromisso dos magistrados não é com os programas partidários ou com as conveniências de determinados agentes políticos, por maior relevância que possam ter os seus cargos, e tampouco com as injunções de ordem orçamentária. O Poder Judiciário, desde que comprovada lesão a direito fundamental social, deve projetar a mais ampla cognição sobre a matéria, exarando, ao final, sentença, em relação à qual sobreviverá o trânsito em julgado.

Percebe-se que existem recursos ao mesmo tempo que também há a necessidade de efetivação da política de saúde pública instalada, o que demonstra que a relação entre os direitos fundamentais relacionados a saúde e a escolha das políticas públicas precisam ser coerentes com a valoração atual da dignidade da pessoa humana. Assim, o que ocorre é uma relação de complementaridade entre direitos fundamentais e a democracia, “eis que sem respeito aos direitos não há democracia”, nas palavras de Novais (apud LOPES, 2010, p. 116). Portanto, é visível que é preciso estabelecer um equilíbrio, sobretudo quando diante de casos que almejam a garantia de direito fundamental social, como a Saúde.

Contudo, acertado é o posicionamento de Canela Junior (2011, p. 100) que o Poder Judiciário somente atingirá a única neutralização possível “quando todos os

órgãos jurisdicionais executarem suas atividades com imparcialidade extrema, consistente na mais absoluta vinculação aos objetivos do Estado”.

6.9 FEDERALISMO (SOLIDARIEDADE X SUBSIDIARIEDADE)

O sistema constitucional pátrio vigente exige que quanto ao Direito à Saúde a concretização, principalmente quanto à prestação material do direito social, depende de uma compreensão correta da repartição de competências entre os entes federativos a luz do princípio federativo brasileiro. Para alguns, a organização estatal privilegia a subsidiariedade entre os entes federados, havendo uma necessária municipalização do Direito à Saúde:

A decisão de políticas públicas em saúde deve atentar para o interesse local, seja no planejamento nacional do sistema, seja no exercício das competências constitucionalmente asseguradas ao ente municipal. Abrangendo tanto as competências tanto as competências legislativas quanto aquelas de cunho executivo, a municipalização indica e justifica, como linha de princípio hermenêutico, a presunção em favor da responsabilidade municipal pela disponibilização das prestações matéricas necessárias à concretização do direito à saúde. (FIGUEIREDO, 2007, p. 157)

Os argumentos dos quem defendem a subsidiariedade afirmam que a Constituição Federal privilegiou a forma federativa de Estado e a autonomia municipal, não trazendo em seu corpo qualquer menção à solidariedade entre os entes federativos no que tange à responsabilidade pelas prestações materiais de consecução do Direito à Saúde. Nem tão pouco a Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90. Nesse diapasão, insistem que a Unidade não deve se confundir com responsabilidade solidária (FIGUEIREDO, 2007, p. 160):

Unidade, portento, não se confunde com responsabilidade solidária pelas ações e serviços de saúde prestados, menos ainda porque incidentes o princípio federativo e a repartição vertical de competências como modos pelos quais se distribui o poder no Estado brasileiro e no próprio SUS. Essa distribuição de competências e, pois, de responsabilidades, dá-se também em nível infraconstitucional, por meio das normas prescritas pela Lei nº 8.809/90, especialmente nos artigos 15 a 19. Cuida-se da Lei nacional sobre normas gerais de saúde que, promulgada exatamente pela

necessidade de resguardar a unidade do sistema de saúde, desceu ao detalhamento das atribuições específicas de cada uma das esferas federativas, desdobrando a competência material comum prescrita no artigo 23, inc. II, do texto constitucional pátrio.

A análise das correntes divergentes aponta que a solidariedade deve ser reconhecida entre os entes federativos no que se respeita à realização do Direito à Saúde, sobretudo quanto à entrega de prestações materiais, tendo em vista que o próprio termo de unidade do SUS deve ser compreendido em consonância que os serviços de saúde integram uma rede regionalizada, constituindo um sistema único. Nesse sentido, por exemplo, as lições de Slaibi (apud Figueiredo, 2007, p. 159) afirmam que:

O federalismo cooperativo acolhido pela constituição de 1988 teria consagrado, no tema de saúde pública, a solidariedade das pessoas federativas – orientação que se seria inferida da competência comum prevista no artigo 23, inc. II, do texto constitucional, bem assim a criação de um sistema único, financiado com recursos do orçamento da seguridade dos três níveis da federação (CF, art. 198, caput e § 1º).

Ainda, nesse sentido, cabe ao cidadão escolher contra quem demandar, postulando a proteção da saúde, tendo em vista que o Estado deve ser entendido como todos os membros da federação. Nesse raciocínio interpreta Shachwartz (apud Figueiredo, 2007, p. 160) que:

a ausência de regra constitucional taxativa acerca da responsabilidade pelas ações e serviços de saúde como indicação da coerência de solidariedade, a justificar, inclusive, a possibilidade de o indivíduo escolher contra quem demandar. "A saúde é dever do Estado, [...] entendido como todos os Estados Membros da Federação", ou seja, "a saúde é dever de União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tratando-se de competência comum, sendo tarefa de todos os entes federados".

No exame da existência de subsidiariedade ou solidariedade, importante é entender que a Constituição preservou a unidade do sistema de competências, prevendo um sistema nacional único de saúde, financiado através da arrecadação isonomicamente entre os entes federados. O objetivo do sistema único foi uma

visível articulação de todos os serviços e ações para promover a prestação de serviço público de saúde, sobretudo contra a entrega de fármacos. Nesse sentido, é um risco o esvaziamento da concretude do dever Estatal de garantia de prestação deste direito social apenas em respeito a uma escala e estruturas criadas pela otimização dos recursos financeiros.

Assim, no Estado social, onde direitos humanos são cada vez mais empregados, inclusive em termos jurisprudenciais, não se pode concordar em prejudicar um particular ao limitar o direcionamento de seu pedido a tal ente federado de acordo com legislações infraconstitucionais, em nome de uma exata distribuição de competências por força de federalismo e de uma autonomia Municipal (que na realidade brasileira, é ente de menor força política e de arrecadação, até mesmo por questões históricas), impedido inclusive a necessidade de real ponderação *in concreto* com os demais valores e direitos também fundamentais no Estado brasileiro (cidadania, proteção jurídica, a saúde, a vida...). (FIGUEIREDO, 2007). Combatendo tal excesso de formalismo, nessa conjuntura deve ser reconhecida a solidariedade entre os entes federativos quanto à entrega de fármacos indispensáveis a manutenção da vida de economicamente necessitado.

6 10 A GARANTIA DO CONTEÚDO MÍNIMO ESSENCIAL

Os direitos fundamentais apresentam um limite último de interpretação no sentido que atuem como parâmetro mínimo de garantia cidadã. De acordo com ensinamentos de Canotilho (apud Figueiredo, 2007, p.178), quanto ao objeto da garantia, respondem-se duas linhas teóricas principais: a teoria objetiva, que defende a proteção outorgada pelo núcleo ou conteúdo essencial é concernente à norma objetiva de direito fundamental, e não a eventual direito ou posição subjetiva individual que possam dela exsurgir; no sentido que o objeto de proteção do preceito é a garantia geral e abstrata prevista na norma e não a posição jurídica concreta do particular, assegurando-se a eficácia global do direito fundamental. Já quanto à teoria subjetiva, ao contrário, pretende que a proteção do núcleo essencial dirija-se à salvaguarda da dimensão subjetiva individual do direito fundamental de que se trate, vedando o sacrifício do direito subjetivo que, em última análise, signifique o aniquilamento do direito fundamental.

Analisando a possibilidade de vulneração do conteúdo essencial do direito fundamental, Figueiredo (2007) leciona que o valor da proteção da cláusula do núcleo essencial apresenta dois posicionamentos que se fundam em teorias relativa e absoluta. A teoria relativa basicamente admite que qualquer restrição a direitos fundamentais necessita de uma justificação, em termos de proporcionalidade e razoabilidade, através de um juízo concreto de ponderação entre bens constitucionalmente protegidos e em situação de colisão. Já a teoria absoluta apregoa que os direitos fundamentais apresentam uma esfera permanente e uma parte acessória ou não essencial, no sentido que qualquer restrição não possa tratar-se no núcleo permanente que apresenta o conteúdo essencial de cada direito fundamental, espaço este de maior intensidade valorativa indispensável a tal direito. Antes de contrárias, defende a renomada autora, as teorias relativa e absoluta se compatibilizam reciprocamente, servindo como meio de definição do que seria o conteúdo essencial de direitos fundamentais.

Entendimento esclarecedor é o que se diz Figueiredo (2007, p. 184):

No ordenamento constitucional pátrio, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais corresponde às pretensões jurídicas passíveis de justiciabilidade imediata e originária, despicienda, então, legislação conformadora. Tais pretensões representam as diferentes dimensões assumidas pelo direito fundamental em causa, abrangendo deveres de não ingerência, deveres de proteção e deveres de assistência.

Em apertada síntese, a não ingerência é obrigação do Estado de não intervir na esfera individual do direito social fundamental. O dever de proteção seria a importante organização e procedimento para aplicação dos direitos sociais. Já o dever de assistência ocorre diante de casos onde o direito fundamental ou a própria dignidade humana esteja enfraquecido no que tenha de mais básico (FIGUEIREDO, 2007).

No caso brasileiro, como nem todos os direitos fundamentais são passíveis de recondução ao princípio da dignidade humana, a equiparação do conteúdo essencial à ideia de dignidade humana deve ser interpretada no sentido de haver uma complementariedade em relação à dignidade humana e os direitos fundamentais, decidindo o aplicador do direito qual conteúdo de dignidade encontra-

se no direito e se há, ou não, violação da dignidade da pessoa humana no caso concreto (*idem, ibidem*).

Nos casos de saúde, sobretudo na entrega de fármacos, quando é o único caminho de manutenção da saúde, e porque não dizer, da vida digna de cada requerente, a prova que a prioridade da vida é legítima nesses casos ocorre diante, até mesmo, da proteção da vida no próprio conceito de dignidade. É nesse sentido que o caráter jurídico das sentenças que determinam a entrega de fármacos ocorre porque o indivíduo é sujeito de direitos e o sistema constitucional vigente apresenta igual respeito e proteção à dignidade humana a todas as pessoas.

Em consonância com o princípio da proibição do retrocesso, a liberdade de conformação democrática reconhece que o legislador originário pode modificar, substituir, dar certo ritmo de concretude quanto ao núcleo essencial consagrado nos direitos sociais, mas, constitucionalmente, não pode suprimir ou anular o grau de realização do direito social, sendo as medidas legais concretizantes dos direitos sociais conteúdo elevado a direito constitucional. Nesse sentido, desenvolvem-se as palavras de Figueiredo (2007, p. 188):

A proteção do núcleo essencial prende-se à salvaguarda do conteúdo que caracterize o direito como tal e, na medida em que este se encontre voltado à dignidade humana, a tutela da confiança quanto ao nível de proteção das condições sociais alcançadas estará também resguardada pelo princípio da vedação do retrocesso social. Além disso, quando o conteúdo questionado do direito disser respeito à garantia do que se considerem patamares mínimos à existência condigna, estar-se-á na presença do denominado mínimo existencial.

A conjuntura constitucional pátria consente na vedação de retrocesso social, ou seja, não permite que o legislador infraconstitucional altere ou revogue preceitos fundamentais esculpidos no corpo da Magna Carta através de edição de legislação infraconstitucional que afete ou desconstitua o grau de concretização já reconhecido, sob pena de fraude a Constituição e ao princípio da segurança jurídica (SIQUEIRA, 2010).

Nesse sentido, quando há evidente descompasso entre a legislação superveniente (não efetiva ou que esvazie o direito) e a efetivação já alcançada de um direito social fundamental, a adaptação do sistema de prestações sociais (que

representa a garantia do conteúdo mínimo essencial in caso) pode ser requerida por via judicial, diante do papel dado ao Poder Judiciário pelo Pacto Constituinte: o órgão protetor dos direitos, sobretudo os sociais fundamentais.

6.11 O MÍNIMO EXISTENCIAL: ANÁLISE DO DIREITO ÀS PRESTAÇÕES MÍNIMAS EM SAÚDE.

Não sendo previsto explicitamente na CF/88, a doutrina se esforça para delimitar o conceito do que se refere o mínimo existencial ou mínimo vital. Segundo Torres (apud Figueiredo, 2007, p.188-189) trata-se de “um direito as condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” [...] “Mas é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e tipos indeterminados”. Para ele, além de derivar da noção de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial também se fundamenta: no princípio da liberdade; nos princípios constitucionais como da igualdade, do devido processo jurídico e da livre iniciativa; nos direitos humanos; e nas imunidades e privilégios do cidadão. Esse mínimo existencial é delimitado em termos qualitativos:

como proteção daquilo que seja necessário à manutenção das mínimas condições de vida condigna, enquanto condições iniciais de liberdade, isto é, de garantia de pressupostos fáticos que permitam ao indivíduo agir com autonomia. Abrange qualquer direito, no que represente de essencial e inalienável, bem como compreende outras noções, entre as quais a ideia de felicidade do homem. Não se trata, pois, de mera liberdade abstrata, leciona Torres (apud Figueiredo, 2007, p. 189).

Para Barcellos e Sarlet (apud Figueiredo, 2007, p. 190) o mínimo existencial constitui, respectivamente, uma “subcategoria” dos direitos fundamentais, e, um direito fundamental, formado por uma seleção de direitos fundamentais a prestações que, pela essencialidade à garantia de condições materiais mínimas (educação, saúde, alimentação, informação) possibilitam o real exercício dos direitos individuais e políticos. John Rawls (apud, Figueiredo, 2007, p. 191) também reconhece a imprescindibilidade de um mínimo material como pressuposto de exercício dos direitos individuais e políticos.

Tais perspectivas levam a crer que o mínimo existencial seria a previsão de um conteúdo que se respeitado supera as dificuldades de concretização dos direitos sociais a prestações materiais. As dificuldades de concretização se extraem principalmente por omissões inconstitucionais do Poder Estatal, fomentado pela não uniformidade da distribuição de renda e da igualdade de acesso aos direitos concretos responsáveis pela igualdade de fato. Assim, no panorama que cabe ao Estado as prestações de condições mínimas à consecução de uma vida digna, assevera Barcellos (apud Figueiredo, 2007, p. 191): “todos esses direitos estabelecem e estabilizam as condições para o autodesenvolvimento individual, bem como a coexistência coletiva e a cooperação”.

A defesa do mínimo existencial no direito brasileiro não pode deixar de ser notado, sobretudo diante dos argumentos relatados pelo Ministro Celso de Mello, na decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal – STF, no julgamento da ADPF N° 45. O posicionamento revelou a impossibilidade de omissão estatal quanto à garantia de “condições materiais mínimas de existência” e a legítima atuação do Poder Judiciário para combatê-la, *in verbis*:

[...] e tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

A conjuntura brasileira aponta que a dificuldade de implementação dos direitos sociais, até mesmo nos níveis mais essenciais, decorre, dentre outros fatores, principalmente, da ausência de regulamentação legal, insuficiência organização das prestações de serviço, e da carência de recursos humanos e orçamentários, justificada, muitas vezes, sob o argumento da discricionariedade das atividades geridas pelo Poder Público.

Esta situação conflita com o posicionamento constitucional que confere aos direitos sociais um tipo de fundamentalidade máxima para as atividades do Estado, conforme art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º do Texto Maior¹².

Da interpretação destes artigos cumulados ao que prever o art. 60, § 4º da CF/88¹³ pode-se ainda sustentar a supremacia normativa e a aplicabilidade imediata de direitos sociais fundamentais, diante do fato que a Magna Carta ter previsto aos direitos sociais os mesmos instrumentos jurídicos previstos para a tutela, inclusive judicial, dos direitos individuais e políticos, somada a força constitucional dos direitos que privilegiam a dignidade da pessoa humana, encontrada em todos os direitos sociais fundamentais, dignidade humana de lastro jurídico em instrumentos internacionais, e da intangibilidade de tais direitos de garantias sociais pelas Emendas Constitucionais.

Diante do fato que o mínimo existencial refere-se às prestações que almejem a fruição de uma vida digna, com liberdade e autonomia individual, cabe ao Estado, tanto respeitar o mínimo existencial, como também implementá-lo efetivamente, ainda que progressivamente, entendimento este que reconduz ao que Clève (apud Figueiredo, 2007, p. 199) afirma:

O mínimo existencial, portanto, resulta na proteção de uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais, dotada de justiciabilidade própria e originária, quando então a ponderação real dos interesses em jogo delimitará exatamente o conteúdo albergado por esse mínimo.

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

A concentração do que seria o mínimo existencial só se desenvolve quando o magistrado atua de um modo que não vá além do conteúdo essencial ou mínimo dos direitos, em consonância com os princípios e regras do ordenamento jurídico adotado e as exigências e expectativas dos direitos em jogo. Todas essas considerações levam ao fato que o mínimo existencial brasileiro corresponde a um núcleo presente nos direitos fundamentais de dupla função: que coibi vulnerações pelo Estado ou por terceiros; e que prever o devido respeito às prestações de condições mínimas de vida digna, dentro de uma análise *in concreto*.

O direito a prestações mínimas em saúde, em decorrência da proteção da vida e da dignidade, principalmente no fornecimento de prestações materiais, como a entrega de fármaco, é reconhecido na jurisprudência brasileira quando se dá prevalência ao princípio da dignidade da pessoa humana na solução de hipóteses concretas.

Normalmente, as demandas de saúde quanto à entrega de medicamentos reenterram-se no sentido que o pedido de determinado fármaco está atrelado ao argumento estatal de que o indivíduo não teria o direito legal de exigí-lo, devido à ausência de sua inclusão na lista do SUS, ou se há previsão, a entrega não aconteceu administrativamente pela falta da unidade nos órgãos de distribuição.

De modo epítome, as cortes nacionais reconhecem a procedências das ações de tutela quando a documentação aponta a imprescindível necessidade do fármaco para manutenção da saúde e vida digna, a impossibilidade de custeio pelo cidadão (risco a subsistência própria e/ou da família) do tratamento requisitado nos órgãos públicos administrativamente sem sucesso e a negativa injustificada pelo Estado de prestações efetivas do serviço público de saúde nesta demanda, na tentativa de impedir prejuízos graves ou de difícil reparação, quanto à integridade física e até mesmo, a pior das consequências, a perda vida do requerente.

Dallari (apud Figueiredo, 2007, p. 208) especifica o que se poderia ser considerado atividades sanitárias mínimas brasileiras: a educação sanitária, a assistência nutricional, o saneamento básico, a assistência materno-infantil, as imunizações e a assistência curativa para os problemas comuns (que inclui o fornecimento de medicamentos essenciais aos tratamentos médicos).

Justificando-se no fato que a saúde é prestada como serviço e a entrega de fármacos nestes casos é continuação do prestação estatal, além da evolução

constante da ciência e dos tratamentos disponibilizados, o juiz não pode interpretar o dever Estatal apenas em obediência cega a lista de remédios disponibilizados via SUS (FIGUEIREDO, 2007).

Corroborando com tal posicionamento, muitos fármacos reiteradamente pleiteados em juízo, muitas vezes apresentam vasta documentação que comprovam a evolução clínica de seus usuários (usuários cada vez mais crescentes na rede privada), são medicamentos novos com melhores posologias (menor quantidade de aplicações, por exemplo), melhores resultados devido especificidade no sentido de cura de tal enfermidade, menores gastos, medicamentos este que apresentam certificado da ANVISA, mas que ainda não foram incluídos na lista de dispensáveis. Diante de tais casos, não é muito difícil compreender que a não inclusão dos mesmos só pode ser justificada pelo excesso de burocratização na atualização de programas estatais assistenciais, não sendo possível admitir que o cidadão seja prejudicado pela ineficiência ou inoperância do Estado.

Em contrapartida, importante é registrar que os protocolos existem para serem eficientes ao serviço do Estado apenas nas hipóteses elencadas por Lins (2010, p. 114): “é bom lembrar que a inclusão de fármacos, tratamentos e insumos é feita somente após diversos estudos e análises, que levam em consideração eficácia, segurança, eficiência, além de custo-benefício”. Com isso, a elaboração de protocolos complexos não legitima que tal instituto possa ser vetor de burocratização excessiva que impede a prestação de saúde pública.

Oliveira (apud Figueiredo, 2007, p. 211) identifica que existe:

um dever estatal de fornecimento de medicamentos decorrente da obrigação de assistência à saúde ao indivíduo, “que lhe garanta o direito de prorrogar o período de vida com melhor qualidade”, competindo ao Estado, em respeito aos direitos à vida e à saúde, “o indeclinável dever de lhe proporcionar tais bens jurídicos”. A prestação estatal restaria assegurada mesmo para medicamentos de alto custo, bem como para aqueles não incluídos nos programas do Ministério da Saúde, não sendo lícito ao Estado limitar a assistência apenas nas hipóteses previamente determinadas. Nesse sentido, “[s]urgindo nova necessidade de salvar a espécie, claro está que o Estado tem o dever de atualizar seus programas assistenciais, para a inclusão de novo atendimento que se mostre relevante e necessário”, argumenta. Para tanto, chega a propor que a urgência do caso concreto possa tornar dispensáveis a prévia dotação orçamentária e o procedimento licitatório com finalidade de aquisição de medicamentos indispensáveis à subsistência, propondo aplicação analógica do artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações.

Como bem explica Figueiredo (2007) contrariando a este posicionamento, argumenta-se que o direito de um paciente individualmente considerado não pode, a priori e em termos abstratos, ser sempre preferente ao direito de outro (os) cidadão (s), igualmente tutelados pelo direito à saúde¹⁴. Ainda, algumas vezes o efeito curativo de determinado fármaco vem agregando interesses econômicos de empresas produtoras e comercializadoras, e, também, há necessidade de que órgãos sanitários atestem tais medicamentos antes que se determine que o Estado os forneça, em nome da segurança da saúde dos indivíduos. Ou, até mesmo, na verdade, a substância requerida ainda esta em fase de experimental.

Para evitar o debate entre os posicionamentos, hoje, mais do que tudo, como bem apregoa Figueiredo (2007) percebe-se a importância de se investir no sentido que haja a priorização de políticas públicas que visem à prevenção e cuidados primários em saúde, cujos custos e econômico-financeiros são bastante mais reduzidos se comparados aos das ações em saúde curativa.

Não dar para se admitir que simples indicações individuais sem que haja nem autorização de uso por órgãos nacionais e sem a comprovação científica da correspondente eficácia sejam situações possíveis de gerar provimentos judiciais no sentido de entrega de fármacos. Nem muito menos quando o pedido está exclusivamente fundamentado na liberação ianque diante do fato que a atuação da vigilância sanitária estrangeira é isenta de qualquer controle pelas autoridades brasileiras e porque a estrutura da *Food and Drug Administration* – FDA – é muito diversa do sistema nacional no sentido de exigências para a liberação (FIGUEIREDO, 2007).

Porém, a efetivação dos direitos sociais, sobretudo quanto à saúde através da entrega de fármacos deve primar soluções que procurem maximizar tantos os direitos fundamentais, como os princípios instituídos constitucionalmente.

A criação de protocolos terapêuticos em constante atualização, o efetivo controle das prestações oferecidas através de comprovação da ocorrência da compra medicamentosa com a verba destinada judicialmente, para evitar emprego

¹⁴ Sobre o fato, um caso extraordinário recentemente foi noticiado na ÉPOCA. O paciente de R\$ 800 mil. A história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde. Fonte: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>
Acesso em: 07 de abril de 2012.

de abusos de verbas públicas; a inclusão efetiva de medicamentos cada vez mais utilizados em programas que distribuem através de custos reduzidos por causa da gerencia estatal (estimulação do uso de genéricos e do benefício do programa federal Farmácia Popular¹⁵ em âmbito nacional, sobretudo nas localidades com mais uso de medicamentos básicos); o prévio esgotamento administrativo do uso dos tratamentos disponíveis no serviço público de saúde e a comprovação científica que não se alcançou a saúde como condições importantes nas ações judiciais; a atualização constante da lista de dispersos gratuitamente; a implementação e dispersão do programa farmácia hospitalar¹⁶, iniciativa administrativa onde se desenvolvem atividades ligadas à produção, armazenamento, controle, dispensação e distribuição de medicamentos e correlatos às unidades hospitalares, sobretudo de coleta de “restos” de medicamentos não utilizados durante o tratamento, para dar o efetivo descarte ou promover a redistribuição evitando desperdícios dos medicamentos não utilizados, diante de possíveis outros usuários na localidade; são exemplos de como se pode em conjunto com os valores brasileiros se efetivar o Direito à Saúde através da entrega de fármacos.

Importante frisar que é preciso estabelecer a constante fiscalização dos programas já criados diante de normalmente se noticiar que a entrega dos medicamentos não ocorreu devido à falta da unidade¹⁷, que obriga ilegalmente e absurdamente que o usuário do programa permaneça sem a entrega da prestação

¹⁵ FARMÁCIA POPULAR DO BRASIL. O Governo Federal criou o Programa Farmácia Popular do Brasil para ampliar o acesso aos medicamentos para as doenças mais comuns entre os cidadãos. O Programa possui uma rede própria de Farmácias Populares e a parceria com farmácias e drogarias da rede privada, chamada de “Aqui tem Farmácia Popular”.
http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1095
Acesso em: 06 de abril de 2012.

¹⁶ **Funções da Farmácia Hospitalar.** A Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS e o Ministério da Saúde do Brasil definem como funções fundamentais da farmácia hospitalar: [...] - Estabelecimento de um sistema racional de distribuição de medicamentos para assegurar que eles cheguem ao paciente com segurança, no horário certo e na dose adequada; - Distribuir medicamentos por dose unitária e/ou individualizada para todas as Unidades de Internação e Unidades de Apoio Propedêutico; - Manter e controlar estoque-padrão de medicamentos e produtos farmacêuticos utilizados nas unidades de internação, apoio propedêutico, pronto atendimento e outros serviços; - Dispensar medicamentos para pacientes externos e em alta hospitalar prestando orientação farmacêutica adequada; [...] Fonte:
<http://www.farmaciahospitalar.com.br/Farmaciahospitalar.aspx> acesso em 07 de abril de 2012.

¹⁷ MP investiga falta de medicamentos para Alzheimer na UNICAT
<http://tribunadonorte.com.br/noticia/mp-investiga-falta-de-medicamentos-para-alzheimer-na-unicat/157809> Acesso em: 6 de abril de 2012.

se não comparecer entre os primeiros momentos após a chegada dos fármacos na unidade distribuidora. Situação que comprova a inoperância dos administradores de tais unidades que não requisitam o aumento da entrega de determinadas unidades medicamentosa naquele posto de distribuição diante da possível constatação administrativa da quantidade crescente de usuários naquela localidade para aquele determinado fármaco.

Ou, mais grave ainda, o sistema não está sobrecarregado, mas está mal gerido¹⁸ no sentido de conter em abundância medicamentos que não são mais tão utilizados em detrimento de outros que mais são procurados, ou o programa de dispersão medicamentosa é constantemente alvo de fraudes. Assim, em muitas unidades de distribuição ocorre o desperdício de verba pública através do inevitável vencimento da validade dos medicamentos não utilizados pela atual demanda, situação agravada com a deficiência da entrega de determinados fármacos já comprovados pela conduta sanitária nacional¹⁹, como terapia que já se encontra, “em tese”, disponíveis nas listas estatais de acesso a medicamentos, mas que não são efetivamente entregues aos usuários legítimos cada vez mais crescentes, pois na realidade constar em listas oficiais não representa necessariamente a entrega efetiva.

Com isso, percebe-se que a problemática da prestação pública medicamentosa depende de uma atuação conjunta das três esferas do Poder aliada a participação da classe médica, órgãos de controle da saúde pública e do cidadão requerente de boa fé, para que o direito fundamental a saúde através de prestações meterias seja cada vez mais implementado e efetivado diante da conjuntura política nacional do Estado Democrático e Social, que protege e fomenta a Dignidade Humana e a Vida.

¹⁸ Farmácia popular é alvo de fraude. Segundo Ministério da Saúde, 10% das 6 mil drogarias do programa já apresentaram alguma irregularidade. 25 de abril de 2009. Fonte: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso/farmacia-popular-e-alvo-de-fraude,360598,0.htm> Acesso em: 06 de abril de 2012.

¹⁹ SAÚDE PÚBLICA **Falta remédio para leucemia** Desde fevereiro, distribuição de medicamento está irregular e pacientes recorrem ao MPPE e à Justiça para garantir o tratamento. Fonte: http://www.cremepe.org.br/leitorNews.php?cd_noticia=5119 Acesso em: 07 de abril de 2012.

7 CONCLUSÃO

A evolução dos direitos fundamentais acompanha o desenvolvimento do Direito Constitucional. Historicamente, percebe-se que ao Estado gradativamente lhe é submetido o dever de prover, pelo menos, o mínimo necessário à vida. Os direitos fundamentais e suas gerações demonstram que o Estado pátrio aderiu aos Direitos Humanos e o núcleo fundamental dos direitos fundamentais sociais, dentre eles, o Direito à Saúde.

Havendo o choque entre direitos fundamentais, o nosso ordenamento jurídico determina que deva optar-se na máxima efetividade e mínima restrição dos direitos fundamentais envolvidos.

No direito brasileiro, o direito fundamental a saúde foi incorporado no auge Estado social, cabendo ao Poder Judiciário, ao decidir a acerca de questões que envolvam o direito fundamental a saúde de modo efetivo, a fim de garantir a concretude máxima dos direitos fundamentais envolvidos, especialmente quando diante de pedidos de entrega de fármacos indispensáveis à manutenção da vida de economicamente necessitados.

Da prática de estágio na Defensoria Pública da União do Estado do Rio Grande do Norte DPU/RN, perceber que, como consequência da realidade social, muitas vezes, diante da urgência do pedido devido à situação clínica da enfermidade do requerente, não há alternativa se não postular em juízo. O direito de ver reconhecido judicialmente que o Poder Público é legítimo para fornecer um tratamento farmacológico depende de determinadas providências processuais, no sentido de demonstrar que o tratamento é indispensável para a manutenção da saúde do autor, e porque não dizer, muitas vezes, da própria vida; que há uma negativa injustificada do Estado em fornecê-lo e, que também, há impossibilidade econômica de custeio do tratamento. Esses requisitos demandam tempo, que muitas vezes é um tempo contra a vida.

A previsão do direito fundamental a saúde como direito fundamental social e as políticas públicas via SUS decorrentes por si só não garantem a efetividade do referido direito. Nesse sentido, o respeito ao Direito à Saúde deve ser entendido como aperfeiçoamento e/ou implementação da política pública de saúde medicamentosa através de uma atuação conjunta entre as três esferas do Poder

Público (Administrativo, Legislativo e Judiciário) e a Sociedade Civil organizada, pois, sobretudo diante da valoração da Dignidade da Pessoa Humana, reconhece-se uma evolução do conceito de saúde na assistência médica individual, que cobra do Estado uma postura remodelada que deve dar atenção à saúde como um todo: isso é valorizar tanto as práticas curativas e preventivas!

Longe de resolver a problemática da eficácia e da efetividade do direito fundamental social à saúde no que pertence à entrega de fármacos de alto custo para os economicamente necessitados, de modo especial, a lição aqui perseguida, justifica-se em afirmar que existem parâmetros legais de judicialização dos medicamentos de alto custo, como um mecanismo legítimo para que Poder Judiciário realize o seu dever institucional de promoção e de defesa dos direitos fundamentais, em demandas de saúde, principalmente quando se parte do frequente risco de morte que a materialidade do pedido medicamentoso discute, fomentando decisões que almeje o mínimo vital, princípio estruturante da Dignidade da Pessoa Humana.

Contudo que foi explanado, a atividade jurisdicional na saúde, nomeadamente nas situações de emergência fática, que determina a entrega de fármacos, é reflexo da tutela dos direitos fundamentais sociais individuais, buscando a efetividade e eficácia da Vida e da Dignidade da Pessoa Humana, quando inconfundível que no conflito entre os direitos fundamentais da casuística há excessiva arbitrariedade pública decorrente de eventuais omissões do Poder Público na política de dispersão de medicamentos de alto custo.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº. 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 set. 1990, Seção I, p.18.055.

_____. Lei nº. 8142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 dez. 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 45 MC/DF**, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2012.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE, Larissa. Natal, 2011. **"COREN denuncia caos nos postos"**. Disponível em: < <http://tribunadonorte.com.br/noticia/coren-denuncia-caos-nos-postos/172639>>. Acesso em: 07 abr. 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OHLWEILLER, Leonel Pires de. Políticas públicas e controle judicial: uma análise hermenêutica a luz do Estado Democrático de Direito. In: BLICIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, Jose Sebastião dos (Org.). **Direito à Vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

PATU, Gustavo. **"Carga tributária no Brasil é maior do que nos EUA; Dinamarca lidera"**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/792959-carga-tributaria-no-brasil-e-maior-do-que-nos-eua-dinamarca-lidera.shtml>> Acesso em: 14 mar. 2012.

PIOSEVAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSSITER, Mayra. **"SAÚDE PÚBLICA Falta remédio para leucemia"**. Recife, 2012. Disponível em: < http://www.cremepe.org.br/leitorNews.php?cd_noticia=5119 > Acesso em: 07 abr. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito a saúde na Constituição de 1988. In: _____. **Revista Direito e Democracia**, n. 1. Canoas: ULBRA, 2002, p. 94.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARAIVA, Paulo Lopo. Do Estado Liberal ao Estado Social: a obra prima de Paulo Bonavides. In Moura, Lenice S. Moreira (Org.) **O Novo Constitucionalismo na era Pós-Positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.33-45.

SEGATTO, Cristiane. São Paulo, 2012. "**O paciente de R\$ 800 mil**". Disponível em: < <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html> > Acesso em: 07 abr. 2012.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, Francisco Livanildo da. **Acesso a Medicamentos de Alto Custo: um olhar sobre a Unidade Central de Agentes Terapêuticos no Estado do Rio Grande do Norte**. 2010. 77f. Monografia (Especialização em Direito Público) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2011, 311p.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; (Org.) **Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

LINS, Andrea Carla Veras. A produção de prova, o direito à saúde e a correlação nas ações judiciais: uma visão pragmática. In: BLICIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, Jose Sebastião dos; (Org.). **Direito à Vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p 105- 118.

LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

MENDES, G.; COELHO, I.; BRANCO, P. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. In: BLICIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86-87.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodvm, 2006, p. 72.

"BRASIL deve se tornar 6ª maior economia do mundo em 2011". Disponível em: <http://economia.terra.com.br/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201110300644_TRR_80413696>. Acesso em: 14 mar. 2012.

"FARMÁCIA popular do brasil". Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1095>. Acesso em: 06 abr. 2012.

"FARMÁCIA popular é alvo de fraude". Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresofarmacia-popular-e-alvo-de-fraude,360598,0.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2012.

"FUNÇÕES da Farmácia Hospitalar". Disponível em: <<http://www.farmaciahospitalar.com.br/FarmaciaHospitalar.aspx?p=1>>. Acesso em: 07 abr. 2012.

"MP investiga falta de medicamentos para Alzheimer na UNICAT". Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/mp-investiga-falta-de-medicamentos-para-alzheimer-na-unicat/157809>>. Acesso em: 6 abr. 2012.