

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 19/01/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32910-direito-sa-de-como-direito-fundamental-social-o-problema-na-omiss-o-do-fornecimento-de-rem-dios-gratuitos-por-parte-do-poder-p-blico>

Autori: Fernanda Sabrinni Pereira, Berti Natália

## **Direito à saúde como direito fundamental social: o problema na omissão do fornecimento de remédios gratuitos por parte do poder público**

**DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL:  
O PROBLEMA NA OMISSÃO DO FORNECIMENTO DE REMÉDIOS GRATUITOS  
POR PARTE DO PODER PÚBLICO**

Fernanda Sabrinni Pereira\*

Natália Berti\*

**SUMÁRIO:** Resumo. Introdução. 1. A proteção do direito à saúde à luz da Constituição Federal de 1988. 1.1 Direito à saúde como direito fundamental social. 1.2. O dever do Estado na tutela do acesso à saúde. 2. Concretude: o problema da omissão no fornecimento de remédios gratuitos pelo Sistema Único de Saúde e a fronteira entre a reserva do possível e o mínimo existencial na ordem constitucional brasileira. 2.1. Ofensa à dignidade da pessoa humana: eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde. 2.2. Proibição do retrocesso no direito à saúde. Conclusão.

**Resumo:** O direito fundamental à saúde, inserido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º, deve ser efetivado pelo Estado. Por isso, o Poder Judiciário possui instrumentos para exigir da Administração Pública a adoção de medidas que efetivem tal direito. Dessa forma, importante compreender hoje o sentido do reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental social e as decorrências desse reconhecimento. A eficácia direta e imediata das normas constitucionais, o mínimo existencial, a proibição do retrocesso e a dignidade da pessoa humana são pontos importantes nesse percurso. Portanto, busca-se demonstrar que o Estado tem o dever na tutela do direito à saúde e o Judiciário de exigir a efetivação desse direito, sobretudo, no fornecimento gratuito de medicamentos necessários para a garantia da dignidade da pessoa humana. Indaga-se também em que medida essa

---

\* Fernanda Sabrinni Pereira é especialista em Direito Público pela UNAR (Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson). Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Uberlândia. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista da FAPEMIG – Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais.

\* Natália Berti é Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Pitágoras, em Uberlândia-MG. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista da CAPES - Coordenação de aperfeiçoamento de pessoal de nível superior.

intervenção judicial não se fará prejudicial à sociedade como um todo ao resguardar o direito de um cidadão.

**Palavras-Chave:** Dever do Estado. Direito à saúde. Direito fundamental social. Fornecimento gratuito de medicamentos. Intervenção Judicial.

**Abstract:** The fundamental right to health, inserted into the 1988 Constitution in its Article 6, shall be effected by the state. Therefore, the Judiciary has instruments to require the Administration to adopt measures that enforce that right. Thus, today's important to understand the sense of recognizing the right to health as a fundamental social right and the impacts of this recognition. The direct and immediate effectiveness of constitutional norms, the existential minimum, the prohibition of retrogression and human dignity are important points along the way. Therefore, we seek to demonstrate that the State has the responsibility for safeguarding the right to health and the judiciary to demand the enforcement of this right, especially in the free supply of drugs needed to guarantee human dignity. One wonders to what extent that judicial intervention will not be detrimental to society as a whole to protect the right of a citizen.

**Keywords:** Duty of the State. Free supply of medicines. Health rights. Fundamental social right. Judicial Intervention.

## INTRODUÇÃO

O direito à saúde, inserido na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental social, precisa ser efetivado. Para isso, fala-se na aplicação direta e imediata dos preceitos constitucionais e, devido a esse fenômeno, o Poder Judiciário possui legitimidade para exigir do Poder Público (Administração Pública – Estado, enquanto pessoa jurídica) a garantia desse direito, por meio, por exemplo, do fornecimento gratuito de medicamentos.

Fala-se na tutela judicial específica dos direitos fundamentais sociais. Logo, o objetivo do presente artigo é demonstrar a inserção do direito fundamental à saúde como direito fundamental social e as decorrências dessa inserção. Ou seja, descrever o movimento denominado “neoconstitucionalismo” e como tal movimento influenciou a doutrina e a jurisprudência brasileira na exigência de efetivação de um direito fundamental social (a saúde) pelo Poder Público (no fornecimento gratuito de medicamentos) por meio de medidas judiciais.

Para isso, necessário recorrer a conceitos importantes, como a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial, a proibição do retrocesso e o respeito à dignidade da pessoa humana. Ainda não se deixará de mencionar em que aspectos essa ampla intervenção judicial na Administração Pública pode ser prejudicial à sociedade ao privilegiar o direito ao acesso a medicamentos a um cidadão, desestruturando todo o orçamento planejado, ou, privilegiando aqueles que têm condições de acesso ao judiciário para resolver tais tipos de problemas (a minoria da população).

## **1 A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O direito a saúde, sabe-se que é mais abrangente e *erga omnes*, trata-se de direito de personalidade, indeclinável de toda a sociedade, expresso no artigo 6º da Constituição Federal.

O artigo 6º da Constituição Federal dispõe que: "*são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*".

Não menos importante, o artigo 5º *caput* da Constituição Federal ao garantir aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida, nada mais, nada menos, comete aos responsáveis pelo Estado a obrigação de tutelar seus súditos, tanto no que se refere ao direito do cidadão em continuar vivo, como a outorgar-lhe o direito à vida digna quanto à sua subsistência.

Neste sentido pode-se afirmar que:

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 2006, p. 87.

Tantos outros artigos da Constituição Federal também mencionam a proteção do direito à saúde, dentre os quais se destacam os artigos 23, inciso II; 24, inciso XII; 196; 197; 198 e 199.

Importante, também, trazer à baila o disposto no artigo 170 da Constituição Federal, que, ao mesmo tempo em que dá abrigo à livre concorrência e à propriedade privada, estabelece que todo mercado privado deve observar a defesa do consumidor, a soberania nacional, a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais, defendendo-se o pleno emprego, o meio ambiente e as empresas nacionais de pequeno porte.

Não são diferentes as considerações de Flavia Piovesan<sup>2</sup> acerca do direito à saúde e sua garantia constitucional:

Nesse passo, a Constituição de 1988, além de estabelecer no art. 6º que 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, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a ser perseguidos pelo Estado e pela sociedade. A título de exemplo, destacam-se dispositivos constitucionais constantes da ordem social, que fixam como direitos de todos e deveres do Estado a saúde (art. 196), a educação (art. 205), as práticas desportivas (art. 217), dentre outros. Nos termos do art. 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Portanto, deve o direito à saúde ser garantido pelo Estado nos termos em que traz a Constituição Federal de 1988, de forma que se garanta o acesso a uma vida digna.

Dessa forma, “(...) a Constituição Federal estabelece o direito à saúde e o acesso universal e igualitário aos serviços e ações para promoção, proteção e recuperação. Conseqüentemente, o direito à saúde não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzir ou dificultar o seu acesso”<sup>3</sup>.

Caso as autoridades administrativas criem embaraços, dificultando o acesso aos medicamentos de forma gratuita, poderá o Poder Judiciário intervir para que sejam assegurados os direitos a uma vida digna e de qualidade e a um tratamento adequado e eficaz.

Ocorre que deve essa intervenção seguir um critério objetivo, sob pena de se

---

<sup>2</sup> Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), 2010, p. 55.

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flavia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), 2010, p. 60.

prejudicar a sociedade ao se tomar uma medida em prol de um cidadão. Para isso, pode-se recorrer, por exemplo, à razoabilidade e à proporcionalidade.

Nesse ponto é necessário cautela, pois não se trata de uma colisão de valores ou de interesses entre direito à vida e à saúde *versus* a separação de Poderes, princípios orçamentários e reserva do possível. Trata-se da necessidade de ponderação a ser feita entre “o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros”, não havendo solução juridicamente fácil nem moralmente simples quanto a esse embate<sup>4</sup>.

### 1.1 Direito à saúde como direito fundamental social

A Constituição de 1988 consagra a idéia de que o Brasil constitui um Estado Democrático e Social de Direito. Há, nesse sentido, uma íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado consagrada pela Constituição Federal de 1988, o que demonstra que os direitos sociais poderiam ser considerados autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.

O conceito de direitos fundamentais sociais no direito constitucional pátrio é um conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais (direito à saúde, educação), quanto uma gama diversa de direitos de defesa.

Conforme ensina Daniel Sarmento<sup>5</sup> o Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nas duas últimas décadas, as quais podem ser relacionadas a um novo paradigma na teoria jurídica e na prática dos tribunais, que tem sido designado de “neoconstitucionalismo”.

O autor<sup>6</sup> elenca alguns fatores responsáveis por essas alterações, dentre os quais destaca:

*i)*reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância; *ii)*rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação; *iii)* constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; *iv)* reaproximação entre o Direito e a moral, com a penetração da filosofia nos debates jurídicos; *v)* judicialização da política e das relações sociais, com um

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p.4.

<sup>5</sup> O neoconstitucionalismo no Brasil, in: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Coord.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*, 2009, p. 9-11.

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil, in: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Coord.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*, 2009, p.10-22.

significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Explica Sarmiento<sup>7</sup> que o neoconstitucionalismo é um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália e que chegou ao Brasil após tradução da obra do jurista mexicano Miguel Carbonell, para o qual não há um único neoconstitucionalismo, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade. Conceito este que passou a ser desenvolvido no pós- segunda guerra, tendo em vista que os textos constitucionais passaram a incorporar e elencar um rol de direitos fundamentais. Portanto, antes dessa reestruturação, os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis.

Mas uma conscientização adquirida com as guerras levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador. Muitas constituições passaram a incluir no rol de seus direitos os sociais, de natureza prestacional.

Passou a haver um movimento de constitucionalização, ou seja, adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do direito, daí surgindo a necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes, o que deu espaço para o desenvolvimento da técnica da ponderação e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial.

Portanto, as teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizassem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional.

O neoconstitucionalismo enfatiza a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência. Assim, ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o estado Democrático de Direito e a solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas para o debate moral.

Dessa forma, as fronteiras entre esses dois domínios tornam-se mais porosa, na medida em que o ordenamento incorpora princípios de justiça, o neoconstitucionalismo alenta um ideário humanista.

No Brasil, o neoconstitucionalismo só teve início após a promulgação da Constituição de 1988, sendo que até este momento a lei tinha maior valor nas relações jurídicas. Isso se observa, pois, a Constituição de 1988 possui um amplo e generoso elenco de direitos

---

<sup>7</sup> O neoconstitucionalismo no Brasil, in: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Coord.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*, 2009, p. 11.

fundamentais de diversas dimensões: direitos individuais, políticos sociais e difusos, aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5, §1º) e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, §4º, IV). Isso favoreceu o processo de constitucionalização do direito.

Daniel Sarmiento<sup>8</sup> ressalta que haveria dois momentos distintos na mudança de paradigma do Direito Constitucional brasileiro. No primeiro, conforme ressalta o autor, denominado “constitucionalismo brasileiro da efetividade”, a Constituição passa a ser vista como norma jurídica, devendo ser rotineiramente aplicada pelos juízes, havendo uma incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, promovendo justiça, igualdade e liberdade, enfim, a finalidade é a concretização da Constituição. Este momento seria o pressuposto para o surgimento do neoconstitucionalismo.

O segundo momento, explicitado pelo autor, seria o do pós-positivismo constitucional: autores como Dworkin e Alexy fomentaram a discussão sobre temas importantes, como a ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais. Nesta fase, a doutrina enfatiza o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, crescendo o interesse sobre os direitos fundamentais, sobretudo os sociais.

Nesse sentido ensina Alexy<sup>9</sup> em sua teoria analítica dos direitos subjetivos, que há uma tríplice divisão: direito a algo, liberdades e competências. O direito a algo seria concebido como uma relação trilateral na qual o primeiro membro é o titular do direito, o segundo é o destinatário do direito e o terceiro é o objeto do direito. Quando se cogita sobre os direitos em face do Estado, os direitos a ações negativas são chamados de direitos de defesa, enquanto os direitos a ações positivas coincidem, parcialmente, com os direitos a prestações, em uma conceituação restrita de prestação.

Os direitos a ações negativas subdividem-se em: *i*) direito ao não-impedimento de ações; *ii*) direito à não-afetação de propriedade (bens) e situações (jurídico-subjetivas); e *iii*) direito à não-eliminação de posições jurídicas. Por seu turno, os direitos a ações positivas desmembram-se em direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas.

Os direitos fundamentais sociais, antes vistos como normas programáticas, passam a ter discutida sua eficácia jurídica a partir de novas bases, como a preocupação com valores e

---

<sup>8</sup> O neoconstitucionalismo no Brasil, in: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Coord.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*, 2009, p. 24

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 217, 1999, p. 55-66.



democracia, repleta de novas categorias importadas da doutrina estrangeira: o “mínimo existencial”, a “reserva do possível” e a “proibição do retrocesso”.

A tutela constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais tem sido um fato relevante tanto como pauta permanente de reivindicações na esfera das políticas públicas, quanto como poderoso instrumento para, na ausência ou insuficiência daquelas.

Nesse sentido destaca Flavia Piovesan<sup>10</sup>:

Ainda que incipiente, a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário. Assinala-se, como caso emblemático, as decisões judiciais acerca do fornecimento gratuito de medicamentos, que, somadas a articuladas e competentes estratégias de litigância, fomentaram transformações legislativas e a adoção de políticas públicas consideradas exemplares na área.

Importante, pois, o reconhecimento em si da condição de verdadeiros direitos fundamentais aos direitos sociais, pelo menos daqueles ligados ao mínimo existencial, mas se atendo para o fato de que a previsão de direitos sociais não é, por si só, suficiente para assegurar a todos os brasileiros uma vida digna. Por isso, a importância do reconhecimento da justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos, no que tange especificamente ao direito à saúde, objeto do presente artigo, sobretudo quanto ao fornecimento de medicamentos gratuitos por parte do Estado, como forma de se garantir acesso a tal direito.

Gregorio Robles<sup>11</sup> ao definir direitos fundamentais acena que:

Quando os direitos humanos, ou melhor, determinados direitos humanos, se positivam, adquirindo categoria de verdadeiros direitos processualmente protegidos, passam a ser direitos fundamentais em um determinado ordenamento jurídico. No entanto, isso só ocorre quando o ordenamento lhes confere um *status* especial que os torna distintos, mais importantes que os demais direitos. Do contrário, não seria possível distinguir os direitos fundamentais daqueles outros que são, por assim dizer, direitos ordinários. Normalmente é a Constituição que especifica os direitos fundamentais e prevê um tratamento especial para eles.

Portanto, têm-se os direitos humanos fundamentais toda vez que a Constituição Federal positivou direitos humanos hauridos em declarações de cunho eminentemente social, alcançando nesse desiderato a imposição mundial hodierna no que respeita à globalização.

---

<sup>10</sup> Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), 2010, p. 69.

<sup>11</sup> *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. (Trad. Roberto Barbosa Alves), 2005, p. 7.

Destarte, importante demonstrar a exigência universal de imposição dos direitos humanos através da democratização do discurso. O fato de os direitos sociais serem reconhecidos como autênticos direitos fundamentais e, como tais, “levados a sério” na sua condição de direitos subjetivos é imprescindível para imprimir à noção de cidadania um novo contorno e conteúdo, o que por si só já justificaria todo o esforço em prol dos direitos sociais.

Logo, reconhecido o direito à saúde como direito fundamental social, deve o Poder Público garantir o acesso a tal direito de forma ampla, por exemplo, fornecendo os medicamentos necessários para assegurar a saúde, de forma gratuita e eficiente.

## **1.2. O dever do Estado na tutela do acesso à saúde**

O Poder Público possui o dever de promover a plenitude ao acesso à saúde. Trata-se de um dever de prestação positiva, necessário para a efetivação de um direito fundamental social da pessoa humana, enquanto sujeito de direitos.

Nesse passo, a lição de Norberto Bobbio<sup>12</sup>:

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver...: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. [...] na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas puramente de programáticas. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de ‘direito’?.

Esse dever deve ser prestado de forma a atender a plenitude e maior dignidade do enfermo, deve prestar o tratamento adequado, que evite o sofrimento e possibilite uma condição de vida digna, o que inclui o fornecimento gratuito de medicamentos.

---

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1995.

Nesse sentido pondera Ingo Sarlet<sup>13</sup>:

Assumida como correta a premissa de que um Estado Democrático (e Social) de Direito tem como tarefa assegurar a todos uma existência digna (pelo menos é o que deflui do art. 170, *caput*, da nossa CF), coloca-se o problema de saber até que ponto pode este mesmo Estado, por meio de reformas na esfera da segurança social, suprimir prestações (benefícios) ou piorar os níveis de proteção social atingidos, ainda mais se com isso acabar ficando aquém do assim designado mínimo existencial e, portanto, daquilo que exige o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, em um Estado Social e Democrático de Direito deve o Estado possibilitar o acesso aos direitos fundamentais sem criar embaraços a esse acesso.

Nesse sentido, ensina Fabio Konder Comparato<sup>14</sup> que o tratamento da pessoa como fim em si mesma implica um dever negativo, de não prejudicar ninguém, e um dever positivo, no sentido se favorecer a felicidade alheia, reconhecendo também os direitos humanos e a realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, como enunciados nos artigos XXII a XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Portanto, quanto ao fornecimento de medicamentos, há uma serie de regras que devem ser observadas. A Administração Pública, por exemplo, deve respeitar o planejamento e o orçamento dedicado ao fornecimento de medicamentos aos cidadãos, sob pena de se desestruturar toda a máquina administrativa.

Quanto a esse tema, somente a título de explicação sucinta, cabe mencionar que o Sistema Único de Saúde – SUS – é instituído no artigo 198 da Constituição: “*as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único*”. Tal sistema deve ser “*descentralizado*” e deve prover “*atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais*”. O mencionado texto constitucional demonstra o compromisso com o Estado de bem-estar social, individualizando-se no cenário do constitucionalismo internacional por positivar o direito à saúde, bem como o sistema incumbido de sua garantia, em termos os mais abrangentes<sup>15</sup>.

Destarte, após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), a qual estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O SUS é

<sup>13</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança Social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), 2010, p. 73.

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2005, p. 24.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 14.

concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta, sendo que a iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a “*formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção*” (art. 6º, VI)<sup>16</sup>.

Com relação à dimensão dos direitos fundamentais e à necessidade de fortalecer a posição jurídica dos cidadãos frente ao Estado, assevera Carlos Bernal Pulido<sup>17</sup> que:

(...) convém enfatizar que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais constitui um avanço irrenunciável do Direito constitucional, que encontra uma plena justificação na necessidade de fortalecer a posição jurídica do indivíduo para fazer frente aos avatares das sociedades do presente, onde a liberdade se vê coibida pela intervenção do Estado Social e pela ampla margem de manobra que a globalização tem trazido às grandes forças econômicas do setor privado. O pertinente consiste em idear a maneira mais adequada para que as dimensões – subjetiva e objetiva – dos direitos fundamentais possam se articular e a forma em que esta concepção bidimensional dos direitos possa se fazer compatível com a competência da configuração da vida política que em todo Estado democrático corresponde ao Legislador.

Deve, portanto, o Estado assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, e na medida em que realiza tal atividade fortalece a posição jurídica das pessoas enquanto sujeitos e não meros objetos de direitos.

A esse sentido:

Os direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – tem como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 15.

<sup>17</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2007, p. 92. (Tradução livre).

<sup>18</sup> LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo, Companhia das Letras, 2001, p. 127.

Importante, pois, investigar quais seriam os critérios a ser utilizados pelo Poder Judiciário para que essa forma de assegurar o direito à saúde – exigência dos Poderes Públicos no fornecimento gratuito de medicamentos – não se torne, na verdade, um excesso e um problema, uma vez que deve ser considerada a atual situação brasileira. Pode-se beneficiar uma pessoa e prejudicar toda coletividade? Esse será o tema enfrentado a seguir: a concretude do fornecimento de remédios gratuitos pelo Estado.

## **2 CONCRETUDE: O PROBLEMA DA OMISSÃO NO FORNECIMENTO DE REMÉDIOS GRATUITOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A FRONTEIRA ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Deve-se considerar uma série de outras importantes e sempre atuais objeções aos direitos sociais, especialmente no que diz respeito à sua efetivação. Nesse campo, enquadra-se a designada “reserva do possível”, que diz respeito a uma série de “resistências” aos direitos sociais como direitos subjetivos.

O direito, segundo Ferrajoli<sup>19</sup>:

[...] não programa apenas suas formas de produção através de normas procedimentais sobre a formação das leis e dos outros atos normativos; programa ainda, seus conteúdos substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e aos valores descritos nas constituições, mediante técnicas de garantia, cuja obrigação e responsabilidade de elaborar pertence à cultura jurídica.

A efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao Poder Público a satisfação das prestações reclamadas.

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo

<sup>19</sup>FERRAJOLLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 1988, p. 800.

discrecionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

A prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, uma vez que mesmo o Estado dispondo dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Assim, a reserva do possível abrange<sup>20</sup>: *i*) a efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; *ii*) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; *iii*) envolve o problema da proporcionalidade da prestação, no tocante a sua exigibilidade e razoabilidade.

A reserva do possível constitui espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de outro direito fundamental.

Em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram sob uma reserva do possível, sendo necessária uma tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos.

Como bem alerta Luis Roberto Barroso<sup>21</sup>, deve haver uma cautela nas exigências feitas pelo Poder Judiciário à Administração Pública, isso porque:

Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

A crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente ligada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2009, p. 287.

<sup>21</sup> *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 4.

Adverte Ingo Sarlet<sup>22</sup> que a reserva do possível deve ser encarada com reservas. Cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Neste contexto, assume relevo o princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada, seja aos particulares de um modo geral.

A própria ordem democrática indica a necessidade de que as decisões sobre quais direitos efetivar devam ser feitas do modo mais aberto possível e com a garantia dos níveis mais efetivos de informação da população, destinatária por excelência das razões e justificativas que devem sustentar as decisões tanto dos agentes políticos em geral quanto dos juízes.

Há nesse sentido, uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário de que não apenas podem, mas devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo haverão de agir com máxima cautela e responsabilidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes.

“O grande problema do ‘direito à saúde’, por conseguinte, é definir os limites dentro dos quais é considerado *direito fundamental*, gerando a obrigatoriedade da prestação estatal gratuita, ou mero *direito social*, fora do campo do mínimo existencial<sup>23</sup>”.

Conforme anuncia Flavia Piovesan<sup>24</sup>. “há decisões do STF e STJ que ressaltam a absoluta prioridade da criança e do adolescente na efetivação do direito à saúde, assegurando a internação e o tratamento diferenciado para criança e adolescente no Sistema Único de Saúde”.

Trata-se de uma tutela diferenciada daqueles considerados vulneráveis pelo sistema jurídico brasileiro, em virtude da integral proteção do menor, princípio decorrente do Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, além de privilegiar aqueles que têm acesso ao judiciário para solução de problemas, ainda deve ser levada em consideração a proteção dos chamados vulneráveis. Todas essas situações devem ser observadas na efetivação do direito à saúde e dos direitos fundamentais sociais como um todo. Por isso, a necessidade de se

---

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2009, p.291.

<sup>23</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*, 1998, p. 148.

<sup>24</sup> Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61.

estabelecer critérios objetivos quando o assunto é a efetivação de direitos fundamentais sociais.

Nesse caso, pode-se recorrer aos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade. Estes últimos como princípios e como critérios de interpretação e solução de conflitos e colisões.

Quanto ao princípio da igualdade e a proteção da parte vulnerável, ensina Maria Celina Bodin de Moraes<sup>25</sup> que:

Houve um tempo em que o princípio da igualdade correspondia à idéia de que “todos são iguais perante a lei”. O direito do trabalho foi o primeiro grande ramo jurídico a subverter esta regra, atribuindo ao trabalhador benefícios que viriam a contrariar até mesmo o princípio da hierarquia das normas (...). Verificou-se depois que outras categorias de sujeitos, como a dos locatários e a dos consumidores, tampouco se encontravam em igualdade de condições com os locadores e com os produtores ou fornecedores; logo, a eles também não bastava a regra de ouro da igualdade perante a lei. Tornou-se necessário que a lei os protegesse de modo especial, dada a sua peculiar condição na relação jurídica. Neste sentido, como já se comentou, não somente os trabalhadores, os locatários e os consumidores são vulneráveis, em sentido jurídico, mas também as crianças e adolescentes, os homossexuais, os transexuais, os idosos, os doentes, os portadores de necessidades especiais, isto é, os grupos minoritários dos mais diversos tipos.

No caso do direito à saúde, o bem jurídico envolvido é a vida, por isso a importância de se fixar parâmetros objetivos de solução para o caso concreto, para se evitar que a justiciabilidade dos direitos fundamentais não prejudique a sociedade ao atender um cidadão.

Não se defende que não se deva tutelar os direitos fundamentais de um cidadão, mas que essa tutela se dê da forma mais justa e equilibrada.

No âmbito do direito à saúde, percebe-se que a jurisprudência oscila entre assegurar o acesso à saúde, mediante o fornecimento de medicamentos, como um direito constitucional inviolável, e, por outro, a tratar a saúde como uma relação de consumo, entre consumidor e fornecedor, merecendo o primeiro, como parte vulnerável, maior proteção jurídica. Mas, não se discute a qualidade dos serviços de saúde prestados, sobretudo o acesso a esses serviços, seu alcance e sua cobertura<sup>26</sup>.

Na ponderação de bens envolvidos, as decisões expressam opção pelo respeito à vida, como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição, em detrimento de interesse financeiro e secundário do Estado, mas deve haver um justo equilíbrio ao se tomar

<sup>25</sup> *Na medida da pessoa humana*: Estudos de Direito Civil-Constitucional, 2010, p. 113.

<sup>26</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.



uma decisão que envolve não apenas as partes de um processo (cidadão *versus* Estado), mas a sociedade como um todo.

Quanto a essas importantes decisões a serem tomadas, pondera Luis Roberto Barroso<sup>27</sup> que a impossibilidade de se conceder medicamentos a litigantes individuais não significa que possam ser rediscutidos os planejamentos do Estado com relação ao tema, por exemplo, a discussão judicial das listas de medicamentos que foram elaboradas pela Administração. Explica o autor que essa revisão deveria ser feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias.

As medidas a serem tomadas pelo Judiciário devem ser necessariamente pensadas e refletidas. Isso porque a decisão judicial traz conseqüências para o cidadão envolvido na demanda, para seus familiares e para os demais cidadãos de forma geral. Não se pode deixar que uma pessoa não tenha acesso ao medicamento adequado, mas também não se pode alterar toda a estrutura administrativa, sob pena de se prejudicar várias pessoas. Trata-se de decisão difícil e que necessita de um critério objetivo.

Nesse sentido Luis Roberto Barroso<sup>28</sup> afirma que:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

E nesse embate deve-se sempre buscar a decisão que seja compatível com o respeito à dignidade da pessoa humana, enquanto núcleo essencial dos direitos fundamentais.

## **2.1. Ofensa à dignidade da pessoa humana: Eficácia e Efetividade do Direito Fundamental à Saúde**

<sup>27</sup> *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 30/31.

<sup>28</sup> *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 26.

Foi em função do desenvolvimento dos direitos humanos e individuais no cenário mundial após a 2ª Guerra Mundial, que as Constituições deixaram de ter apenas um caráter programático e estrutural de organização do Estado, contando elas com um conjunto amplo de direitos e garantias fundamentais do homem. Todos estes direitos e garantias estavam embasados na noção de dignidade da pessoa humana, que é a condição essencial para que a pessoa humana não seja tratada como mero objeto, sendo que esta requer, para sua concretização, o respeito à vida e a integridade física do homem, assim como a garantia dos pressupostos essenciais – seja em direitos ou garantias fundamentais – para a manutenção do homem no meio social. Procurando delinear os contornos sobre o que consistiria a dignidade da pessoa humana assevera Ingo Wolfgang Sarlet<sup>29</sup>:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O surgimento do Estado do Bem Estar Social foi acompanhado por um movimento de valorização dos direitos humanos na ceara mundial, tendo em vista as atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial. Nesse sentido destaca Flávia Piovesan<sup>30</sup>.

Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Note-se que estes eram exatamente os lemas do movimento do constitucionalismo instaurado no final do século XVIII, que fizeram nascer as primeiras Constituições escritas: limitar o poder do Estado e preservar direitos.

A dignidade da pessoa humana passa, então, a ser positivada em diversas Constituições do mundo, sendo que em muitas delas aparece incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais. No texto constitucional brasileiro de 1988 é expressamente prevista

<sup>29</sup> *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001. p. 60.

<sup>30</sup> *Temas de Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 357. Acrescenta a autora ainda que “o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao concentrar seu objeto nos direitos da pessoa humana, revela um conteúdo materialmente constitucional, já que os direitos humanos, ao longo da experiência constitucional, sempre foram considerados matéria constitucional.”

como princípio jurídico-constitucional fundamental. Nesse sentido, esclarece ainda Ingo Wolfgang Sarlet<sup>31</sup>:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 - a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

A controvérsia em torno do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, uma vez reconhecida a sua condição de direitos fundamentais, remete ao problema de sua eficácia e, naturalmente, de sua efetividade. A mera previsão de direitos sociais nos textos constitucionais nunca foi o suficiente para neutralizar as objeções da mais variada natureza ou mesmo impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais<sup>32</sup>.

Há ainda aqueles que contestam a própria condição dos direitos sociais como direitos fundamentais; ligada a essa indagação se encontra a problemática da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais, o “custo dos direitos” e a reserva do possível.

Ingo Sarlet<sup>33</sup> fala da existência de três correntes acerca da indagação se seriam os direitos sociais direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. Responde que uma primeira corrente nega até mesmo a existência de direitos sociais; para uma segunda corrente os direitos sociais não seriam autênticos direitos fundamentais, enquanto que para uma terceira corrente seriam os direitos sociais condições fundamentais para a democracia, especialmente no campo do mínimo existencial. Após elencar tais posições, importante constatação do autor de que abrangem, os direitos sociais, tanto diretos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos). Portanto, os direitos sociais comungam do regime da dupla fundamentalidade, formal e material, dos direitos fundamentais.

Um problema central relacionado à própria eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais é o de estabelecer os contornos do respectivo regime jurídico constitucional. Importante lembrar que os direitos fundamentais somente podem ser

---

<sup>31</sup> *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 66.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2009, p. 292-294.

<sup>33</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2009, p. 306.

considerados verdadeiramente fundamentais quando e na medida em que lhes é reconhecido um regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional.

Na eficácia direta e imediata, os direitos fundamentais são aplicados diretamente nas relações privadas considerando que a liberdade de um cidadão oprime a do próximo. A doutrina majoritária<sup>34</sup> defende a aplicabilidade imediata de todas as normas de direitos fundamentais localizados na Constituição, bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Nesse sentido, as normas definidoras de direitos sociais são, em geral, dotadas de aplicabilidade imediata.

Ocorre que, em vários casos, as constituições consagram, em vez de direitos, normas impositivas de programas, fins e tarefas na esfera social, mas não normas que definem direitos, o que poderia implicar uma normatividade diferenciada, evidentemente, mais fraca.

Flavia Piovesan<sup>35</sup> chama atenção para o:

(...) protagonismo do Brasil na esfera internacional, com destaque à iniciativa no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU de propor uma resolução, ao final aprovada, considerando o acesso a medicamentos para os portadores de AIDS, malária e tuberculose como um direito humano fundamental, o que acabou por contribuir para o pleito da quebra de patentes da produção de medicamentos para a AIDS, no âmbito da Organização Mundial do Comércio.

Os direitos fundamentais a prestações geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, tomando-se esta, em um sentido amplo, e não restrita à concepção de um direito subjetivo individual a determinada prestação estatal. Por conseguinte, o direito à saúde deve ser efetivado pelo Estado, de forma ampla e eficaz, não podendo haver uma supressão ou esvaziamento de seu conteúdo por parte dos órgãos estatais<sup>36</sup>.

Logo, o direito fundamental à saúde é um direito social fundamental e, por isso, dotado de eficácia direta e imediata, podendo o particular exigir do Estado o mínimo para que possa ter acesso a uma vida digna no sentido consagrado pela Constituição, isso justifica o necessário fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado.

<sup>34</sup> A exemplo de Daniel Sarmento. In: *O neoconstitucionalismo no Brasil*, 2009, p. 47.

<sup>35</sup> Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

<sup>36</sup> Tem sido essa a posição dos Tribunais, inclusive do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - DEVER DO ESTADO. A saúde é direito constitucionalmente consagrado a todos, e é dever do Estado, nos termos do artigo 196 da Lei Maior Federal, assegurar ao paciente o direito de receber a medicação necessária. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0707.08.172573-1/001 - COMARCA DE VARGINHA - AGRAVANTE (S): ESTADO MINAS GERAIS - AGRAVADO (A)(S): MARIA JOAQUINA BUENO - RELATOR: EXMO. SR. DES. CARREIRA MACHADO.(1.0707.08.172573-1/001 (1). Data do Julgamento: 26/05/2009.

Nesse sentido, preleciona Ingo Sarlet<sup>37</sup>:

(...) tanto a vinculação da dignidade da pessoa humana com o direito (e a garantia) a um mínimo existencial, por sua vez relacionado com os direitos sociais básicos e com o seu núcleo essencial, com os quais, todavia, não se confunde, quanto com as noções de limite dos direitos fundamentais e de limite dos limites. Nesta perspectiva, a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais operam como barreiras que demarcam o espaço de proteção em face da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade administrativas, embora tais questões apenas possam ser devidamente avaliadas no caso concreto.

A eficácia e efetividade do direito à saúde, por meio do fornecimento de remédios gratuitos, constituem forma de se assegurar a dignidade da pessoa humana. Deste modo, “considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição do retrocesso social, o valor da dignidade humana, e demais princípios fundamentais da Carta de 1988, conclui-se que essa cláusula alcança os direitos sociais”<sup>38</sup>, tema que será a seguir enfrentado.

## 2.2 Proibição do retrocesso no direito à saúde

Importante, no presente contexto, analisar o princípio da proibição do retrocesso de forma ampla e de forma específica, no que tange ao direito fundamental social à saúde como protetor do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, ensina Canotilho<sup>39</sup>:

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autoreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

<sup>37</sup> Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108.

<sup>38</sup> PIOVESAN, Flavia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

<sup>39</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2000. p. 320/321.

O reconhecimento de uma proibição de retrocesso situa-se, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet<sup>40</sup>, na esfera daquilo que se convencionou chamar, abrangendo todas as situações referidas, de uma eficácia negativa das normas constitucionais.

Conforme ensina Luis Roberto Barroso<sup>41</sup>:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, “querer ser mais do que se é, é ser menos”.

Deve-se com o princípio da proibição do retrocesso garantir a defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a chamada vedação do retrocesso social, que terá como núcleo essencial a proibição de que o legislador infraconstitucional revogue lei que, ao densificar direitos fundamentais, tenha criado, para os cidadãos, situações de vantagem capazes de garantir a máxima efetividade das normas constitucionais.

O objetivo desse princípio seria criar “a obrigatoriedade da observância, pelo legislador, do grau de concretização infraconstitucional dos direitos fundamentais sociais, de modo a que não se retorne, pela via comissiva, a um grau anterior de ausência inconstitucional da legislação regulamentadora”<sup>42</sup>.

Portanto, ensina Ingo Wolfgang Sarlet<sup>43</sup> que:

(...) o reconhecimento de um princípio constitucional (implícito) da proibição de retrocesso constitui – pelo menos no que diz com a vinculação do legislador aos programas de cunho social e econômico (nos quais se insere a previsão dos próprios direitos sociais, econômico e culturais) – uma manifestação possível de um dirigismo constitucional, que, além de vincular o legislador de forma direta à Constituição, também assegura uma vinculação que poderíamos designar de mediata, no sentido de uma vinculação do legislador à sua própria obra, especialmente com o propósito de impedir uma frustração da vontade constitucional.

<sup>40</sup>Segurança Social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75.

<sup>41</sup>*Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 4.

<sup>42</sup> DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, 2007, p. 470.

<sup>43</sup>Segurança Social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108/109.

Defende-se, nesta medida, que, quando o legislador infraconstitucional define o direito à saúde como direito fundamental social cria, para os cidadãos, o direito subjetivo de que o Estado o preste, diretamente ou por meio de seus delegados, de forma regular, contínua, segura e eficiente, a todos os que necessitam de ter acesso aos medicamentos para manutenção da saúde. Limita-se, com isso, a liberdade do legislador futuro de dispor de forma diferente nesta matéria.

Sempre que a Constituição define um direito fundamental, ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Mas pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Caso o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático<sup>44</sup>.

## CONCLUSÃO

Como é sabido, a saúde foi inserida na Constituição Federal da República como um dos direitos previstos na Ordem Social. Trata-se de bem de extrema relevância à vida e à dignidade humana, constituindo pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos. E, exatamente por assegurar o exercício dos demais direitos fundamentais, a saúde não pode ser tratada como simples mercadoria.

Deve o cidadão ter acesso à saúde de qualidade para que se possa falar em dignidade da pessoa humana. O Estado deve garantir que esse acesso se efetive, por exemplo, por meio do fornecimento gratuito de medicamentos. Mas deve o Judiciário, ao ser acionado para a defesa de um cidadão, decidir com razoabilidade e se pautar em critérios objetivos para que a decisão de impor que o Poder Público forneça o medicamento requerido pelo cidadão não seja prejudicial a toda sociedade.

Para isso é necessário a adoção de um critério objetivo no julgamento das situações que envolvam a prestação de um direito fundamental social a um cidadão e possa prejudicar

---

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 12.

toda a coletividade. A decisão precisa ser dada de forma razoável, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

O direito à saúde deve prevalecer, mas deve prevalecer para todos e não apenas para aqueles que possuem condições de arcar com os custos e “as custas” do judiciário e ter acesso a essa ferramenta. Por isso, necessária a reflexão sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 217, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em <http://www.marceloabelha.com.br/aluno/Artigo%20sobre%20controle%20judicial%20de%20políticas%20publicas%20de%20leitura%20obrigatoria%20para%20a%20turma%20de%20direito%20ambiental%20-%20Luis%20Roberto%20Barroso%20%28Da%20falta%20de%20efetividade%20a%20judicializacao%20efetiva%29.pdf>. Acesso em: 29/06/2011.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6ª ed. Brasília: UNB, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 433-495.

FERRAJOLLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3. ed. Madri: Trota S.A., trad. Espanhola de Perfecto Andrés Ibáñez, 1988.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo, Companhia das Letras, 2001.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional*. 1ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.



\_\_\_\_\_. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. (Trad. Roberto Barbosa Alves). Barueri: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Segurança Social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.] (Coords.), São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil, in: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Coord.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

TORRES, Ricardo Lôbo. *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.