

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

ANA PAULA BARROSO DE SALLES PAIVA PRADO

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
direito social tratado como direito individual no Brasil

POUSO ALEGRE - MG
2012

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
direito social tratado como direito individual no Brasil

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães.

POUSO ALEGRE - MG
2012

P896d

Prado, Ana Paula Barroso de Salles Paiva.

Direito fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil/ Ana Paula Barroso de Salles Paiva Prado. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2012.

126f

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Constituição Federal. 2. Direitos Fundamentais. 3. Judicialização. 4. Saúde. 5. SUS. I. Magalhães, José Luiz Quadros de. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 340

ANA PAULA BARROSO DE SALLES PAIVA PRADO

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
direito social tratado como direito individual no Brasil

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães
Orientador
FDSM

Prof. Dr^a. Liliana Lyra Jubilut
FDSM

Prof. Dr^a. Marinella Machado de Araújo
PUC-MINAS

POUSO ALEGRE - MG
2012

*À minha família que é minha fonte de incentivo e
amparo no meu desânimo.*

AGRADECIMENTOS

Aos professores e funcionários do Curso de Mestrado em Constitucionalismo e Democracia da FDSM, em especial, meu orientador Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães pelos ensinamentos, atenção e orientação deste trabalho.

Aos meus colegas de Mestrado, em especial à amiga Ana Carla Tavares Coelho, pelo incentivo, companheirismo e apoio constantes.

A minha família, meu porto seguro, que sempre me apoiou em todos os momentos.

A todos que contribuíram para a realização deste trabalho, minha eterna gratidão.

“Dificuldades e obstáculos são fontes valiosas de saúde e força para qualquer sociedade.”

Albert Einstein.

RESUMO

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. Direito fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil. 2012. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2012.

O objeto da presente dissertação é mostrar o direito à saúde enquanto direito fundamental expresso no art. 6º da Constituição Federal e seu tratamento enquanto direito individual no Brasil ao entender que, ainda que tal direito siga previsto no texto constitucional e em leis infraconstitucionais, que regulamentam o Sistema Único de Saúde (SUS), é cada vez mais crescente a busca individual pelo Poder Judiciário a fim de que se cumpram as obrigações sociais do Estado para com seus cidadãos, o que faz com que seja relevante a discussão acerca da relação entre o direito à saúde expresso no texto constitucional e o que se passa quando da necessidade do Poder Judiciário vir a atuar a fim de assegurar o direito à saúde individualmente, o que demanda gastos excessivos a Administração Pública. Embora recorrer ao Judiciário seja um direito do cidadão não cabe primeiramente ao Poder Judiciário a garantia desse direito. Diante disso, a dissertação traz, em primeiro lugar, a transformação histórica dos direitos fundamentais, bem como suas dimensões e relação entre os direitos individuais e sociais, a fim de contextualizar a saúde configurada enquanto direito fundamental do Estado Democrático de Direito. Em seguida tem-se o direito à saúde desde seu conceito e atribuições jurídicas, até o dever constitucional do Estado em assegurá-la, bem como os princípios que regem sua aplicação, finalizando com a apresentação do Sistema Único de Saúde (SUS) e, como consequência da omissão estatal a intervenção do Judiciário na efetividade do direito à saúde ao serem abordados aspectos como a judicialização das relações sociais e políticas, os limites e possibilidades da concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário e a questão do direito social à saúde tratado como direito individual no Estado Democrático de Direito. Finalmente, tem-se um estudo acerca do emblemático caso da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), escolhido diante da sua relevância no contexto histórico de todo o processo dos movimentos sociais aliados à busca da concretização do direito à saúde via judicial, o que incluiu a luta contra o preconceito e a discriminação da doença na década de 80 e como se deu a relação entre a sociedade e o Poder Judiciário aquela época no que se refere ao direito ao acesso aos medicamentos e tratamentos da referida síndrome.

Palavras-chave: Constituição Federal. Direitos Fundamentais. Judicialização. Saúde. SUS.

ABSTRACT

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. Fundamental right to health: social law treated as an individual right in Brazil. 2012. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2012.

The object of this essay is to show the right to health as a fundamental right expressed in art. 6 of the Constitution and its treatment as individual and social rights in Brazil to understand that even if such a right under the Constitution follow and infra laws, such as the Organic Health Law (8.080/90), which regulates the Unified Health System (UHS), is increasingly growing individual pursuit by the judiciary to be fulfilled social obligations of the state towards its citizens, which makes it relevant discussion about the relationship between the right to health expressed in the Constitution and what happens when the need for the judiciary to come to work to ensure the right to health of an individual. Therefore, the thesis brings, first, the historical transformation of fundamental rights, as well as its dimensions and the relationship between individual and social rights in order to contextualize the configured health as a fundamental right of the Democratic State Dollars. Then have the right to health since its concept and legal assignments until the constitutional duty of the State to secure it, and the principles governing its application, ending with the presentation of the Unified Health System (UHS), and as a result of failure to state intervention of the judiciary in the effectiveness of the right to health to be addressed aspects such as the legalization of social and political relations, the limits and possibilities of realizing the right to health by the judiciary and the question of the right to health treated as social individual right in a democratic state. Finally, there is a study about the emblematic case of AIDS (Acquired Immunodeficiency Syndrome), chosen on their relevance in the context of social movement allies to seek the realization of the right to judicial health, including the fight against prejudice and discrimination in the 80's and how was the relationship between society and the judiciary as regards the right to access to medicines and treatment of the syndrome.

Keywords: Federal Constitution. Fundamental Rights. Judicialization. Health. UHS.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ – parágrafo

a.C. – antes de Cristo

AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

Art. – artigo

Arts. – artigos

AZT – Zidovudina

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

DST – Doenças Sexualmente Transmissíveis

FDA – *Food and Drug Administration*

HIV – *Human Immunodeficiency Virus*

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial de Comércio

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONG – Organização Não Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

NOAS – Norma Operacional da Assistência à Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TRIPS *Agreement* – Acordo Internacional sobre Propriedade Intelectual

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1.1. Direitos fundamentais	19
1.2. Dimensões dos direitos fundamentais	28
1.3. Dos direitos individuais aos direitos sociais.....	35
2. DIREITO À SAÚDE	50
2.1. Saúde: conceito e atribuições jurídicas.....	51
2.2. O dever constitucional do Estado em assegurar a saúde e os princípios jurídicos do direito à saúde	55
2.3. O Sistema Único de Saúde (SUS)	60
3. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	68
3.1. A judicialização das relações sociais e políticas	68
3.2. A concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário: limites e possibilidades.....	73
3.2.1. Da ilegitimidade passiva.....	76
3.2.2. Os princípios da legalidade e da separação dos poderes	81
3.3. O direito à saúde tratado como direito individual no Estado Democrático de Direito.....	85
4. HIV – UM CASO EMBLEMÁTICO PARA A HISTÓRIA DO BRASIL	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto mostrar o direito à saúde enquanto direito fundamental expresso na Constituição Federal de 1988 e em leis infraconstitucionais e seu tratamento enquanto direito individual, ao considerar ser cada vez mais frequente a busca pelo Poder Judiciário para que se cumpram políticas públicas que são obrigações sociais do Estado para com seus cidadãos, conforme se vê no Brasil.

O direito à saúde foi positivado no Brasil enquanto direito fundamental social a partir da Constituição Federal de 1988, seguindo expresso, de forma genérica, no art. 6º, de forma específica no Capítulo da Ordem Social – art. 196 a 200 - e também em outras passagens do texto constitucional.

Assim, ainda que a própria Constituição Federal tenha previsto o acesso aos serviços de saúde estabelecidos pelos referidos artigos acima citados e pelas leis Infraconstitucionais que regulamentaram o Sistema Único de Saúde (SUS), através da Lei Orgânica da Saúde (8.080/90) e que orienta outras leis relacionadas ao tema no que se refere às responsabilidades definidas do Ministério da Saúde, das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde como, por exemplo, políticas públicas de distribuição de medicamentos, organização de internações, repasse de verbas, entre outras, são cada vez mais crescentes os gastos com medicamentos em cumprimento de decisões judiciais por parte de pessoas que viram na via judiciária a única maneira de garantir seu acesso a medicamentos e tratamentos de saúde na busca por fazer valer seu direito previsto constitucionalmente.

Esse fenômeno, chamado de judicialização da saúde, envolve magistrados, profissionais da saúde, entes públicos e os próprios cidadãos que transformaram o Poder Judiciário no meio de intervenção na solução dos conflitos advindos das questões políticas de saúde.

Nesse contexto, ante a inércia da Administração Pública na prestação do direito a saúde, e, ainda, somado ao financiamento público insuficiente em relação à demanda social do SUS, o Poder Judiciário assume o papel de concretização dos direitos fundamentais.

Logo, diante da estreita relação existente entre a vida e o direito a saúde que, por sua vez, fazem com que o cidadão, hoje mais consciente de seus direitos, busque a tutela jurisdicional para ver atendidas suas necessidades individuais no âmbito da saúde, mediante a

propositura de ações, que vão desde aquelas que objetivam o fornecimento de medicamentos, àquelas que garantem a realização de exames e cirurgias, torna-se importante frisar que os juízes, enquanto aplicadores das normas constitucionalmente expressas se manifestam sobre as políticas públicas para garantir a efetivação do direito social à saúde garantido no texto constitucional, porém, de forma individual.

Ademais, a efetivação judicial do direito à saúde obriga o Poder Público a oferecer infraestrutura necessária à prestação dos serviços médico-hospitalares e também de serviços como a distribuição de medicamentos quando esse é omissos e/ou não cumpre com seu papel na sua totalidade. Diante da escassez de recursos destinados a área da saúde, a efetivação judicial deste direito pode trazer inúmeros prejuízos à sociedade.

Diante de tais considerações iniciais, a relevância e discussão no presente estudo, objetiva discutir o acesso à saúde como garantia constitucional, ao estabelecer a relação entre o texto Constitucional e o que realmente se passa quando da necessidade do Poder Judiciário vir a atuar assegurando o direito à saúde individualmente, o que demanda gastos excessivos a Administração Pública. Embora recorrer ao Poder Judiciário seja um direito do cidadão, não cabe primeiramente ao Judiciário a garantia desse direito.

Assim, para uma discussão ordenada acerca do tema proposto pelo presente estudo, no capítulo 1, tem-se a importância dos direitos fundamentais, sendo necessário buscar na história sua origem e conseqüentes transformações políticas, sociais e jurídicas pelas quais a sociedade passou ao longo dos séculos, bem como suas dimensões e relação entre os direitos individuais e sociais, a fim de contextualizar o direito fundamental à saúde no atual Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é necessário deixar claro que neste trabalho adota-se o entendimento de que os direitos fundamentais são históricos, frutos da construção humana, dos embates e lutas por direitos em diversas sociedades.

O processo de materialização dos direitos fundamentais teve seu início na Inglaterra e está registrado em vários documentos históricos, que contribuíram para o reconhecimento e a positivação dos direitos essenciais do ser humano. Dentre eles, podem-se citar os documentos ingleses como a Magna Carta, em 1215, que foi o primeiro documento a ter os direitos do homem reconhecidos formalmente, o *Habeas Corpus*, que preservou a ameaça à liberdade dos indivíduos e o *Bill of Rights*, que instituiu a separação dos poderes. Importante também citar as Declarações de Direitos da Revolução Francesa, cujo objetivo era instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais.

Durante o período de Estado Liberal, a ideologia individualista era baseada na proteção dos privilégios dos proprietários, na busca de interesses individuais, sendo que, somente após a Segunda Guerra Mundial que mais direitos foram reconhecidos com o surgimento do Estado Social, quando os direitos sociais foram elevados a nível constitucional a partir das constituições sociais do México e da Alemanha (Constituição de Weimar), passando a serem considerados direitos fundamentais.

Todos os documentos históricos mostraram que os direitos fundamentais, além de serem direitos essenciais ao desenvolvimento do ser humano, são e estão atrelados às transformações da sociedade.

Uma vez contextualizada a origem dos direitos fundamentais, o capítulo 2 trata do direito à saúde, apresentando seu conceito e atribuições jurídicas, passando pelo dever constitucional do Estado em assegurar tal direito, assim como os princípios que regem sua aplicação, finalizando com a apresentação do Sistema Único de Saúde (SUS).

O direito à saúde, apesar de ser um típico direito social, somente veio a ganhar *status* constitucional, de forma expressa, na Constituição de 1988, enquanto direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, e de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Sistema único de Saúde (SUS), cuja finalidade é a integral assistência à saúde de todos os cidadãos de maneira universal e irrestrita, com o objetivo de criar e viabilizar garantia e cumprimento do direito a saúde para toda a população.

O Sistema único de Saúde (SUS) foi regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde 8080/90, que organiza a estrutura e funcionamento dos serviços de saúde, pela Lei 8142/90, que trata da participação de todos os usuários no sistema e da transferência de recursos financeiros intragovernamentais e pela Emenda Constitucional 29/00, que alterou os artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal, que instituiu questões fundamentais referentes ao financiamento do SUS.

Do ponto de vista das práticas de políticas públicas de saúde, o sistema de saúde no Brasil tem sido questionado por sua dependência em relação a um modelo assistencialista individualizado, com ênfase na dimensão curativa da doença, além de elevados gastos e da baixa efetividade.

O direito a saúde, portanto, não pode ser tratado como direito ao acesso à medicina curativa, mas sim, com o acesso à medicina preventiva, com educação, saneamento básico,

alimentação saudável. A medicina preventiva seria fundamental para conter os gastos excessivos, uma vez que tratar a doença já instalada demanda, certamente, mais recursos.

Em se tratando do financiamento dos recursos do Sistema Único de Saúde, este está previsto na Constituição Federal, no seu artigo 195 e também na Lei Orgânica da Saúde, restando claro que a responsabilidade do repasse das verbas para saúde pertence às três esferas do governo.

O capítulo 3 traz, especificamente, a intervenção do judiciário na efetividade do direito à saúde abordando aspectos como a judicialização das relações sociais e políticas, os limites e possibilidades da concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário e a questão do direito à saúde visto como direito individual no Estado Democrático de Direito.

Logo, diante da estreita relação existente entre a vida e a saúde o cidadão, que hoje está mais consciente de seus direitos, fez cair no Judiciário à esperança da concretização do direito fundamental à saúde.

Nesse contexto, o capítulo 4 apresenta um estudo acerca do emblemático caso da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) e como se deu a relação entre a sociedade e o Poder Judiciário no que se refere ao direito ao acesso aos medicamentos e tratamentos da referida síndrome. O caso da AIDS foi escolhido diante da sua importância em todo o processo dos movimentos sociais, aliado à busca da concretização do direito a saúde via judicial, o que incluiu a luta contra o preconceito e a discriminação da doença na década de 1980.

Finalmente, têm-se as considerações finais e referências utilizadas no referencial apresentado.

Para que o presente estudo, o método adotado foi o de revisão sistemática da literatura, consistindo na busca retrospectiva de livros, revistas e publicações de artigos *online* na área do Direito, neste caso, dos conceitos e aspectos relacionados à judicialização da saúde. Para tal foram utilizadas as bases de dados bibliográficos como bibliotecas virtuais, portais jurídicos como *Jus Navigandi*, *Juris Way*, Revista dos Tribunais e *Consulex*, entre outras, além de livros obtidos em bibliotecas físicas.

O período escolhido para as publicações nesta revisão bibliográfica foi limitado em dez anos, no caso de busca *online*, de maneira a considerar a literatura conceitual e, também, incluir apenas os artigos mais recentes sobre o tema, principalmente quando se tratar de alguma nova abordagem de cada conceito proposto. Já no caso de literatura física, não há limitação de tempo visto a importância de obras publicadas por autores renomados e

atemporais. Na pesquisa de artigos foram utilizados os seguintes descritores: Constituição Federal; Direitos Fundamentais; Judicialização; Saúde; SUS.

A busca bibliográfica, segundo a estratégia estabelecida, resultou em artigos que, por sua vez, foram selecionados para a presente revisão bibliográfica segundo aspectos conceituais em comum e relevância, segundo o objetivo proposto e visando a não repetição e prolixidade dos assuntos abordados, além da construção de um texto claro e objetivo.

1. TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo trata das transformações políticas, sociais e jurídicas pelos quais a sociedade passou, tais como o Liberalismo e o *Bill of Rights*, com o objetivo de contextualizar historicamente os direitos fundamentais, individuais e sociais, bem como suas dimensões segundo a atual Constituição.

A ciência jurídica, por estar diretamente condicionada à existência de vida humana em sociedade, também passou e ainda passa por inúmeras modificações, enormes avanços e infelizes retrocessos que muitas vezes acabaram com inúmeros séculos de lutas e esperanças por um mundo mais justo¹.

Por isso, é de extrema importância o entendimento de como as transformações foram observadas em eras passadas para compreender seu significado atual, eliminar os erros e aperfeiçoar os acertos.

Os primórdios dos direitos fundamentais encontram-se já na Idade Antiga, na Idade Média e no início da Idade Moderna, sendo que a maioria das ideias que explicam a existência de tais direitos tem na história sua fundamentação mais importante. Um bom exemplo disto é a influência das Revoluções Francesa, Inglesa e Americana no reconhecimento e na positivação dos direitos essenciais à pessoa humana².

Tais colocações permitem a percepção da importância do estudo histórico para a compreensão do mundo jurídico, ainda mais quando o assunto trata-se dos direitos essenciais à pessoa humana, uma vez que os direitos humanos e os direitos fundamentais estão intimamente vinculados à história, construídos ao longo dos anos e frutos não apenas de pesquisa acadêmica e de bases teóricas, mas principalmente das lutas travadas contra as injustiças ao longo dos anos.

Nesse sentido, Bobbio afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas

¹ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora forense, 2001. p. 27 - 28.

² Ibidem, p. 27 - 28.

liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas³.

Compartilhando do mesmo raciocínio, Canotilho entende que:

A colocação do problema – boa ou má deixa claramente intuir que o filão do discurso subsequente – destino da razão republicana em torno dos direitos fundamentais – se localiza no terreno da história política, isto é, no *locus* globalizante onde se procuram captar as ideias, as mentalidades, o imaginário, a ideologia dominante a consciência coletiva, a ordem simbólica e a cultura política⁴.

A tal afirmação, Bobbio ainda acrescenta que:

Os direitos essenciais à pessoa humana nascem das lutas contra o poder, das lutas contra a opressão, das lutas contra o desmando, gradualmente, ou seja, não nascem todos de uma vez, mas sim quando as condições lhes são propícias, quando passa-se a reconhecer a sua necessidade para assegurar a cada indivíduo e a sociedade um existência digna⁵.

Vale ressaltar que, embora seja ponto pacífico a importância da história no estudo da ciência jurídica, ainda há discussão, na doutrina, a respeito da terminologia correta para designar os direitos essenciais à pessoa humana, dentre estes os “direitos humanos”, “direitos morais”, “direitos naturais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos dos povos”, “liberdades públicas” e “direitos fundamentais”⁶. Aqui, para cada conceito há uma definição e um uso, o que explica as razões pelas quais a doutrina constitucional reconhece três “dimensões” de direitos fundamentais.

Destes, o termo “direitos naturais” identificam-se com o jusnaturalismo, como se tais direitos fossem fruto de uma revelação, não levando em conta a sua construção histórica.

Essa expressão está situada em momentos históricos anteriores, as primeiras Declarações do Século XVIII utilizavam-na para identificar os direitos essenciais à pessoa humana. Esta terminologia, portanto é antiquada e está praticamente em desuso, sendo utilizada apenas quando do estudo deste período⁷.

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer – Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 9.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer – Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 6.

⁶ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 61, 01/02/2009 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em: 09 abr. 2012.

⁷ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de direitos fundamentais: teoria geral*. Universidade Carlos III de Madri. Madri: Boletim Oficial do Estado, 1999. p. 25.

Quanto à expressão “direitos públicos subjetivos”:

Esta surge com a intenção de delimitar os direitos considerados essenciais à pessoa humana dentro de um marco positivista estando presa ao conceito de Estado Liberal atuando como um limite ao poder político, mas não nas relações entre particulares não conseguindo abranger, portanto, grande parte das situações em que é necessário reivindicar tais direitos⁸.

A expressão “liberdades públicas” surge da doutrina francesa que, por sua vez, utiliza tal terminologia para relacionar não apenas as liberdades ligadas ao Estado, mas também, àquelas relacionadas aos particulares, sendo públicas porque estão protegidas pelo Direito. Entretanto, esta expressão não consegue abranger os direitos sociais e econômicos, por isso entende-se não ser adequado o seu uso, assim como, “liberdades fundamentais”, outro termo utilizado pelos franceses não consegue abranger tais direitos⁹.

A nomenclatura “direitos morais” vem do Direito anglo-saxão que, por sua vez, utiliza-se considera que tal nomenclatura possui “uma conotação jusnaturalista, estando presa a uma ideia de Estado Liberal dificultando os direitos de participação política, assim como os direitos sociais, culturais e econômicos”¹⁰.

Finalmente, quanto à expressão “direitos dos povos”, esta designa os direitos que os povos têm de determinar seu destino, no campo político, social, cultural, econômico, além de relacionar-se ao direito de se relacionar com outros Estados, direito a paz, “não abrangendo, entretanto os direitos das pessoas como individuais, concretas, insubstituíveis”¹¹.

A necessidade de distinção e entendimento de cada um dos termos acima surge da discussão acerca da origem dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” e de sua relação entre o surgimento dos direitos naturais e as doutrinas jusnaturalistas, pois, no presente estudo, serão utilizadas e discutidas as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

Os direitos humanos são vistos sob três perspectivas: a) perspectiva filosófica, que reúne histórias com mais de 200 anos de lutas e conquistas de direitos; b) perspectiva constitucional, onde a expressão “direitos humanos” aparece como sinônimo de direitos fundamentais e c) perspectiva internacional, vista nos séculos XX e XXI¹².

⁸ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Op. cit., p. 28.

⁹ ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Barueri: Manole, 2005. p. 47.

¹⁰ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Op. cit., p. 35.

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 68.

¹² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. XV.

Contudo, ainda que haja várias nomenclaturas ou questões que possam ser levantadas a respeito das terminologias, ainda assim, o mais importante está no fato de que aqui está o início das garantias formais dos Direitos Individuais Fundamentais¹³.

É importante notar que o conteúdo dos direitos fundamentais (direitos humanos na perspectiva constitucional) muda no tempo, assim como a sua compreensão, seu tratamento teórico e sua repercussão na vida social. Dessa forma, se inicialmente os direitos humanos eram como que sinônimos dos direitos individuais fundamentais, com o decorrer do tempo e fruto das lutas sociais, novos direitos passam a ser protegidos pela Constituição¹⁴.

Assim, diante da importância e necessidade do estudo histórico a respeito dos direitos essenciais à pessoa humana para entender como, quando, em que contexto, eles surgiram para a humanidade, o presente capítulo traz uma discussão mais aprofundada acerca dos conceitos e evolução histórica dos direitos fundamentais, das dimensões dos direitos fundamentais, dos direitos individuais aos sociais expressos na Constituição de 1988.

1.1. Direitos fundamentais

O presente item versa sobre a transformação histórica e social dos direitos fundamentais que, conforme visto até agora, não foram conquistados e reconhecidos de uma só vez, havendo uma luta pela sua efetivação e destacando a inegável importância da sua evolução e positivação no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, pode-se citar a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais na visão de Sarlet:

Em que pese seja ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecido e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que,

¹³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 16.

¹⁴ Ibidem, p. XV.

portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)¹⁵.

De fato, o processo de materialização dos direitos fundamentais teve seu início na Inglaterra, marcado pela derrocada da monarquia que cedeu lugar a um novo tipo de Estado: o Estado Liberal¹⁶.

Seja qual for a sua origem, há unanimidade quando se fala de inúmeras outras manifestações, até a Era Cristã, através de milênios de muitas lutas, chegando finalmente no ano de 1948, com a Proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU).

A história dos direitos Humanos no Ocidente é a história da própria condição humana e de seu desenvolvimento nos diversos modelos e ciclos econômicos, políticos e culturais pelos quais passamos; é a forma com que as relações humanas têm sido travadas e que mecanismos e instrumentos institucionais as têm mediado. Em cada uma destas etapas, os Direitos Humanos foram se incorporando, sendo primeiros nas ideias políticas, e em seguida no plano jurídico (portanto no sistema normativo do direito positivo internacional e interno)¹⁷.

Nesse contexto de “sempre existência” dos direitos fundamentais, os direitos da pessoa humana têm suas raízes mais profundas nos princípios do Cristianismo, o qual postulava a inexistência de diferenças entre as pessoas. Ainda seguindo as bases cristãs, é possível citar o caso do povo hebreu, onde a ideia de proteção aos direitos da pessoa humana tinha uma conotação religiosa¹⁸.

Aqui, segundo Canotilho:

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram caminho para necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza do homem¹⁹.

Ainda com bases religiosas, mas já na Antiguidade, as ideias acerca do conceito dos direitos fundamentais são explícitas no que se refere ao homem, pelo simples fato de ser

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35 - 36.

¹⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 17.

¹⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 33.

¹⁸ Ibidem, p. 33.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 2002. p. 380.

homem, ser também titular de certos direitos naturais. Nessa linha de pensamento, Sarlet ressalta que:

Essa fase costuma ser denominada de pré-história dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão²⁰.

As concepções cristãs na Idade Média, ao diferenciarem a lei divina, a lei natural, a lei positiva, sentiram a necessidade de adequar o direito positivo conforme as normas de direito natural, pois estas eram natas da natureza do homem. Assim:

Concernente ao registro de Direitos Fundamentais merece menção os forais ou cartas de franquias, cuja prática se difundiu a partir da segunda metade da Idade Média. Entretanto, esses documentos não contemplaram direitos do homem, mas os direitos de comunidades locais ou de corporações²¹.

Importante ressaltar que as cartas de franquias foram de grande relevância na história e evolução dos Direitos Fundamentais, visto que foi através delas que houve o nascimento dos direitos individuais positivados. Nesse sentido, Canotilho salienta que "[...] a mais célebre das quais foi a Magna Charta Libertatum de 1215"²².

Após a citada Magna Carta de 1215, seguiram-se documentos como o Ato de *Habeas Corpus*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1688, o que inspirou, posteriormente, a Constituição Americana de 1787²³.

Avançando até o século XVII, a ideia contratualista e os direitos naturais do homem tiveram grande importância, pois neste período surgiram várias cartas de direitos assinadas pelos soberanos daquela época.

Cumprido ressaltar que foi justamente na Inglaterra no século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância e, isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período²⁴.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 41.

²¹ TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. *A importância do constitucionalismo na realização dos Direitos Fundamentais*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, UNISINOS, 2003, São Leopoldo. p. 15.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 2002. p. 180.

²³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 18.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 43.

Ao longo da história, diversos documentos contribuíram para a concretização dos direitos fundamentais como antecedentes das declarações positivas de direitos. Porém, esses documentos não eram cartas de liberdade do homem comum, mas sim, contratos feudais escritos nos quais o rei comprometia-se a respeitar os direitos de seus vassallos. Portanto, não afirmavam direitos humanos, mas direitos de estamentos²⁵.

Nesse sentido, não há dúvidas de que a Inglaterra exerceu um papel fundamental na consolidação dos direitos do homem, mais especificamente no que se refere ao texto constitucional.

[...] é o mais correto verificar a sua origem na Inglaterra, pois na verdade, a Magna Carta de 1215, como seu próprio nome indica foi a primeira declaração histórica dos direitos, embora incompleta. Mais tarde surgiram a Petição de Direitos de 1629 e a Lei de *Habeas Corpus* de 1679, isto determinando a proteção contra as prisões arbitrárias e o direito de ser ouvido pelo juiz²⁶.

A Magna Carta surgiu na Inglaterra em 15 de junho de 1215, assinada pelo Rei João da Inglaterra com o intuito de amenizar os conflitos que estavam surgindo em face do aumento dos impostos fiscais e deixando o povo insatisfeito com o abuso da progressividade no tocante a esses aumentos e, com a carta, passou a exigir periodicamente, que em troca desses pagamentos exacerbados, fossem reconhecidos formalmente os seus direitos como pessoa e como cidadãos portadores desses direitos.

Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o séc. XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso do rei francês, Felipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica. Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos²⁷.

Com relação à Magna Carta, também Ferreira Filho afirma que "[...] esta, é peça básica para a Constituição inglesa, portanto de todo o constitucionalismo"²⁸. Embora a carta tenha sido formalmente outorgada por João Sem-Terra, ela é um dos muitos pactos da história

²⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 7.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 43.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 59.

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 11.

constitucional da Inglaterra, pois consiste em um acordo firmado entre o rei e os barões insatisfeitos, apoiados pelos burgueses da cidade de Londres.

No contexto dessa evolução histórica que deve ser apreciada a importância da Magna Carta. Quando editada em 1215, ela foi um malogro. Seu objetivo era assegurar a paz, ela provocou a guerra. Visava consolidar em lei o direito costumeiro, e acabou suscitando o dissenso social. Tinha uma vigência predeterminada para apenas três meses, e mesmo dentro desse período limitado de tempo muitas de suas disposições não chegaram a serem executadas²⁹.

É inegável que a Magna Carta teve grande importância na evolução dos direitos fundamentais, visto ter sido o primeiro documento a ter os direitos humanos reconhecidos formalmente e, ainda que não se possa dizer que suas normas se constituíram numa afirmação de caráter universal, é considerada como antecedente direto mais remoto das Declarações de Direitos, cuja consagração como direitos fundamentais, demorou ainda alguns séculos³⁰.

Note-se que a Magna Carta aponta a *judicialidade* um dos princípios do Estado de Direito. De fato, ela exige o crivo do juiz relativamente à prisão do homem livre. Está no seu item 39, que nenhum homem livre será detido ou preso, ou despojados dos seus bens, exilado ou prejudicado de qualquer maneira que seja³¹.

A afirmação comprova que a *Magna Carta Libertatum*, de 1215, entre outras garantias, previa a liberdade da igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção, previsão do devido processo legal, livre acesso à justiça, liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país³².

Ainda em se tratando de documentos ingleses que contribuíram para a consolidação dos Direitos Humanos e Fundamentais do homem, tem-se a *Petition of Right*, de 07 de junho de 1628, que é uma das tantas declarações de direito do século XVII, firmada por Carlos I e que previa expressamente que ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer favor, empréstimo e, muito menos, pagar taxa sem a aprovação de todos, devidamente, manifestado por ato no parlamento e mais, que ninguém seria obrigado a prestar e responder juramento, ou ainda, fazer algum trabalho, encarcerado, ou de qualquer forma, em virtude de tais tributos ou da recusa em pagá-los. Esse documento preceituava também, que nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente³³.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 65.

³⁰ TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. Op. cit., p. 12.

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 12.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 47.

³³ *Ibidem*, p. 47.

Outro importante documento inglês é o *Habeas Corpus*, subscrito por Carlos II em 1679, como mandado judicial em caso de prisão preventiva e de ameaça de simples constrangimento à liberdade individual de ir e vir.

A importância histórica do *Habeas Corpus*, tal como regulado pela Lei inglesa de 1679, constituiu no fato de que esta garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todos os que vieram a ser criados posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais³⁴.

O *habeas corpus* significou, portanto, a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para as liberdades genéricas na seara do Direito Público, inclusive, foi também fonte de inspiração para outras declarações³⁵.

Finalmente, como última manifestação das rebeliões e guerras civis ocorridas durante todo o século XVII na Inglaterra, tem-se o surgimento, em 13 de fevereiro de 1689, do *Bill of Rights*, que criou a divisão de poderes. Ferreira Filho conta que "[...] o Bill of Rights [...] se preocupa com a independência do parlamento dando, o passo decisivo para o estabelecimento da separação dos poderes"³⁶.

O referido documento, decorrente da abdicação do Rei Jaime II e outorgado pelo príncipe de Orange, significou uma enorme restrição ao poder estatal, prevendo dentro de suas regulamentações, o fortalecimento ao princípio da legalidade, da criação do direito de petição, liberdade de eleição dos membros do parlamento, imunidade parlamentar, violação a aplicação de penas cruéis e convocação frequente do parlamento.

Essa declaração de direitos estipulou que o Rei não tinha o poder de revogar as leis feitas pelo parlamento ou de impedir a sua execução e mais, proibiu a exigência de fianças excessivamente elevadas para que alguém fosse processado em liberdade, bem como a imposição de penas cruéis ou incomuns. Ao lado dessas conquistas, o *Bill of Rights* declarava como fundamentais o direito de liberdade de palavra, de imprensa e de reunião, o direito de não ser privado da vida, liberdade ou bens sem processo legal³⁷.

Dentre os direitos que constituíram o corpo da redação do *Bill of Rights*, o mais importante o estabelecimento da separação de poderes:

[...] o essencial do documento foi a instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, ficar sujeito ao arbítrio

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 74.

³⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 17.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 25.

³⁷ TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. Op. cit., p. 18.

deste. Ademais, o *Bill of Rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis³⁸.

O que torna o *Bill of Rights* ainda mais relevante, segundo Dallari é que:

Essa declaração inspirou a edição de declarações e leis semelhante nas colônias inglesas da América do Norte, tendo como resultado final aprovação de um conjunto de dez emendas que foram incorporadas à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Tal providência atribuiu maior eficácia no tocante, às garantias de liberdade e, dos demais direitos fundamentais nos Estados Unidos³⁹.

Já em território americano, é de grande relevância para a evolução dos direitos fundamentais salientar a contribuição da Revolução dos Estados Unidos da América, onde se podem citar os seguintes históricos documentos: a Declaração de Direitos da Virgínia, que aconteceu em 12 de junho de 1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776; e a Constituição dos Estados Unidos em 17 de setembro de 1787.

As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já, reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com nota distintiva de que, a respeito da virtual identidade de conteúdo, guardavam as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida à eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim todos os poderes públicos.

[...]

É de grande relevância lembrar, que pela primeira vez, os direitos do homem, foram recepcionados e positivados como direitos fundamentais constitucionais, pois nesta declaração houve uma ampla abrangência de forma suprema e universal dos direitos naturais do homem⁴⁰.

Dentre as declarações de direitos, uma das mais importantes, ou seja, a Declaração de Direitos da Revolução Francesa, surgida em agosto de 1789 que, “representou um notável progresso na afirmação de valores fundamentais da pessoa humana que vem com toda a sua força até os dias de hoje”⁴¹.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 80 - 81.

³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 205 – 206.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 46 - 47.

⁴¹ TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. Op. cit., p. 66.

A Revolução Francesa desencadeou, em um curto espaço de tempo, a eliminação, ao menos em tese, das desigualdades entre os indivíduos e grupos sociais. Foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário baseado nas ideias de liberdade que, por sua vez, consistia na eliminação de todas as desigualdades sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofício e, na fraternidade, que representa o resultado necessário da extinção de todos os privilégios.

Os objetivos e finalidades da Declaração de Direitos da Revolução Francesa, conforme explica Ferreira Filho eram:

[...] proteger os Direitos do Homem contra os atos do Governo e é expressa a menção ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo e o objetivo imediato é de caráter pedagógico: instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais⁴².

Portanto, a Declaração Francesa, nasceu realmente para por limites na esfera governamental em relação aos cidadãos, indivíduos portadores de direitos e obrigações por parte do Estado.

No que se refere às declarações:

Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não de uma casta ou estamento⁴³.

Influenciadas umas pelas outras, é inegável que as declarações aqui discutidas privilegiam alguns direitos fundamentais, tais com o princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, liberdade religiosa e livre manifestação do pensamento. Além disso, tais documentos foram precursores de outros de igual importância na consolidação dos Direitos Fundamentais pelo mundo como, por exemplo, a Convenção de Genebra de 1864; Ato Geral da Conferência de Bruxelas de 1890; Constituição Mexicana de 31 de janeiro de 1917; Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918; Constituição de Alemanha de Weimar de 1919; Convenção de Genebra Sobre a Escravatura de 1926; Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra (Genebra) de 1929 e a Carta das Nações

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 22.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 48.

Unidas surgiu em 1942, destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos países em prol da paz mundial.

A Carta das Nações Unidas "consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constituiu o pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia [...]"⁴⁴. Portanto, a Carta da ONU recepcionou que todos os seres humanos independente de condições, são todos iguais em garantias e em direitos, a nível universal.

Também merece destaque a Declaração dos Direitos Humanos, que retomou os ideais da Revolução Francesa, consistindo em uma síntese de direitos fundamentais. Nesta declaração estão expressos os direitos:

[...] a liberdade pessoal, a igualdade, com a proibição das discriminações, os direitos à vida e à segurança, a proibição das prisões arbitrárias, o direito ao julgamento pelo juiz natural, a presunção da inocência, a liberdade de ir e vir, o direito de propriedade, a liberdade de pensamento e de crença, inclusive a religiosa, a liberdade de opinião, de reunião, de associação, mas também direitos como o asilo, o direito a uma nacionalidade, a liberdade casar, bem como direitos políticos - direito de participar da direção do país - de um lado, e, de outro, os direitos sociais - o direito à seguridade, ao trabalho, à associação sindical, ao repouso, aos lazeres, à saúde, a educação, à vida cultural - enfim num resumo de todos estes - o direito a um nível de vida adequado (o que compreende o direito à alimentação, ao alojamento, ao vestuário etc.) numa palavra - aos meios de subsistência⁴⁵.

Não há dúvidas de que tal documento consiste num texto referencial que estabelece os direitos fundamentais de todos os seres humanos, independentemente de nacionalidade, cor, raça, sexo, orientação religiosa, política ou sexual possuindo, por isso, uma grande força moral, orientadora para a maioria das decisões tomadas pela comunidade internacional.

Justamente por isso, a adoção, por parte da Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, constitui o principal marco do desenvolvimento da ideia contemporânea de direitos humanos. Contendo trinta artigos, essa Declaração contempla um conjunto indissociável e interdependente de direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem os quais a dignidade da pessoa humana não poderia se realizar e, quanto a isto:

(...) a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, n. 10, jan. 2002, p. 91. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 abr. 2012.

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 53.

reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição⁴⁶.

Tem-se então que os direitos fundamentais, assim como outros direitos essenciais ao desenvolvimento do ser humano, são e estão atrelados a aspectos históricos e sociais importantes que mudam a história desde o período mais remoto até a contemporaneidade e, na esteira destas mudanças, estão às dimensões dos direitos fundamentais.

1.2. Dimensões dos direitos fundamentais

Neste item serão discutidos os posicionamentos de autores e cientistas sociais e jurídicos quanto às dimensões dos direitos fundamentais, considerados importantes para a vida em sociedade e a harmonia entre os seres humanos e que, por isso, devem ser respeitados e seguidos por todos de forma indistinta e segura.

Ao longo da história, a positivação dos direitos fundamentais se deu em ondas. De fato, muito embora detentor de direitos que são essenciais à condição humana, o reconhecimento constitucional desses valores a favor do homem se deu apenas lentamente e após conflitos, debates e confrontos travados com o objetivo de conter algum poder arbitrário e/ou opressivo que exasperadamente se impunha em dado momento⁴⁷.

Tal posicionamento reforça o consenso de que a afirmação dogmática dos direitos fundamentais se deu em momentos diferenciados, à vista da inegável mutação histórica dos direitos fundamentais, sendo que, de início e conforme vem sendo discutido, foram formalmente consolidados os direitos de liberdade, passando em seguida aos direitos de igualdade, e, logo após, os direitos ligados à noção de solidariedade, sequência essa que reflete o lema dos idealistas franceses que viveram no século XVIII: liberdade, igualdade e fraternidade.

Para o entendimento da concepção tradicionalista dos direitos fundamentais se faz extremante necessário o conhecimento acerca da Teoria do *status* de Jellinek, pois através dela será possível se compreender a posição jurídica das dimensões de direitos fundamentais. Essa teoria diz que os direitos fundamentais garantem aos indivíduos várias posições jurídicas

⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 211.

⁴⁷ LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. São Paulo: Manole, 2007. p. 48.

em relação ao Estado e, assim sendo, os direitos fundamentais são divididos em três grupos: os direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação⁴⁸.

Os direitos de defesa caracterizam-se por exigir do Estado, preponderantemente, um dever de abstenção, caráter negativo, no sentido de impedir a ingerência na autonomia dos indivíduos. São direitos que limitam o poder estatal com o intuito de preservar as liberdades individuais, impondo-lhe o dever de não interferir, não intrometer, não reprimir e não censurar⁴⁹.

Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou mesmo do Judiciário. Se o Estado viola este princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma: (1) pretensão de abstenção (*Unterlassungsanspruch*); (2) pretensão de revogação (*Aufhebungsanspruch*), ou, ainda, em uma (3) pretensão de anulação (*Beseitigungsanspruch*)⁵⁰.

Os direitos de defesa ou de liberdade legitimam ainda duas outras pretensões adicionais: (4) pretensão de consideração (*Berücksichtigungsanspruch*), que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações e (5) pretensão de defesa ou de proteção (*Schutzanspruch*)⁵¹.

Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*), quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*)⁵².

No que se refere aos direitos prestacionais:

Possuem um caráter essencialmente positivo, impondo ao Estado o dever de agir. Objetivam a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos, seja para a proteção de certos bens jurídicos contra terceiros, seja para a promoção ou garantia

⁴⁸ CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado de. *Colisão de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 2009. p. 25.

⁴⁹ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p. 223.

⁵⁰ MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002, p. 02. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de agosto de 2012.

⁵¹ *Ibidem*, p. 02.

⁵² *Ibidem*, p. 02.

das condições de fruição desses bens. Englobam o direito a prestação materiais e jurídicas⁵³.

Já os direitos de participação pretendem garantir a participação de cada cidadão na formação da vontade política da comunidade⁵⁴.

Como se pode constatar, a clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal⁵⁵.

Diante de tantas modificações sociais na positivação jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, em outro momento, a doutrina convencionou chamar tais fases de “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito e são normalmente divididos pela doutrina em dimensões⁵⁶.

No entanto, vale a pena ressaltar as controvérsias no que se refere ao termo que melhor expressa o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais: “geração” ou “dimensão”.

Com efeito, “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo...”⁵⁷.

O termo “gerações” tem sofrido ataques, uma vez que atrai a falsa compreensão de que a revelação de determinado grupo de direitos fundamentais viria inexoravelmente para

⁵³ NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 223.

⁵⁴ Ibidem, p. 223.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 167.

⁵⁶ CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado de. Op. cit., p. 25.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563. O autor lembra que a expressão “gerações de direitos fundamentais” foi primeiramente utilizada por Karel Vasak, na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. Entretanto, afirma-se que, mais à frente, o próprio Vasak teria confessado a imprecisão da terminologia escolhida.

substituir o anterior, dado por ultrapassado. Logo, a se seguir essa linha, o surgimento dos direitos sociais, por exemplo, sepultariam os direitos anteriormente reconhecidos (direitos de liberdade), o que não é verdade, haja vista que os diferentes catálogos de direitos fundamentais travam entre si uma relação de concomitância e simultaneidade, ao invés de uma relação de exclusividade e fatal sucessão de um pelo outro⁵⁸.

Tem-se então que, falar em *dimensões* é melhor do que *gerações* de direitos fundamentais, onde "não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas"⁵⁹.

Os direitos gestados numa geração ganham outra dimensão com o surgimento de uma geração sucessiva. Dessa forma, os direitos da geração posterior se transformam em pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior.

Por isso, com a intenção de afastar qualquer entendimento enganoso de que uma geração sucederia a anterior, alguns autores, como Guerra Filho⁶⁰ e Sarlet⁶¹ têm optado pelo termo “dimensões” de direitos fundamentais e o presente estudo adota tal postura.

A primeira dimensão de direitos fundamentais dominou o século XIX e é composta dos direitos de liberdade que, por sua vez, correspondem aos direitos civis e políticos. Assim, tendo como titular o indivíduo, os direitos de primeira dimensão são oponíveis ao Estado, sendo traduzidos como faculdades ou atributos da pessoa humana, ostentando uma subjetividade que é seu traço marcante⁶².

Tais direitos são o resultado dos movimentos de liberdade civis e políticos, reflexos do liberalismo e que primam os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, acrescidos de uma série de liberdades de expressão coletiva (tais como liberdade de imprensa, manifestação, reunião etc.) e de participação política (tais como direito de voto e capacidade eleitoral passiva), correspondentes à fase inicial do constitucionalismo do Ocidente e que ressaltam a patente separação entre o Estado e a sociedade.

No que se refere à segunda dimensão dos direitos fundamentais, tal dimensão, da mesma forma que a primeira, foi inicialmente objeto de formulação especulativa em campos

⁵⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 124.

⁵⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 99.

⁶⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. São Paulo: Síntese, 1999. p. 79.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 148.

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 473.

políticos e filosóficos que possuíam grande cunho ideológico e dominaram o século XX, assim como os de primeira dimensão dominaram o século XIX⁶³.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, portanto, tiveram seu nascedouro na Revolução Industrial, nas reflexões ideológicas e no pensamento antiliberal proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também na Constituição de Weimar, que exerceram um papel preponderante nas formulações constitucionais após a segunda guerra.

São considerados como sendo os direitos sociais, culturais e econômicos, tendo sido inseridos nas constituições das diversas formas de Estados sociais, exigindo, do Estado, determinados prestações impossíveis de serem concretizadas naquele dado momento e, desta forma, com a juridicidade questionada, os direitos de segunda dimensão foram lançados como diretrizes, ou programas a serem cumpridos, ou seja, estes direitos foram remetidos à esfera programática⁶⁴.

Quanto a esses direitos de segunda geração, salienta Bonavides:

... Atravessaram a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda dimensão tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma⁶⁵.

Como se pode observar, a situação político, econômica e social dividiu o cenário mundial em três blocos muito distintos. Enfatizando, um primeiro bloco representa os países desenvolvidos; num segundo bloco representa os países em busca de desenvolvimento e, por fim, representando o que seria um terceiro bloco, os países subdesenvolvidos. Tal divisão, por sua vez, torna evidente a desigualdade existente entre as nações e é diante desse cenário que surgem os direitos de terceira dimensão (fraternidade ou solidariedade), identificados como sendo o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 474.

⁶⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 86.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 518.

Os direitos de terceira dimensão tratam, sobretudo, de direitos cujos sujeitos não são os indivíduos, mas sim os grupos de indivíduos, grupos humanos como a família, o povo, a nação e a própria humanidade⁶⁶.

Etiene-R. Mbaya se exprime de três maneiras quando trata dos direitos fundamentais de terceira dimensão:

1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive coauxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits);
3. Uma coordenação sistemática de política econômica⁶⁷.

Nessa terceira dimensão de direitos, o Estado, agora, não apenas deve garantir a felicidade social, mas, acima de tudo, deve concitar seus cidadãos à solidariedade social e à consciência ecológica, em especial no que refere às próximas gerações, sempre alicerçado em programas construtivistas do interesse geral⁶⁸.

Tal situação trata de um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito, que, ultrapassando aquelas concepções estatais anteriores – Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito -, impõe à ordem jurídica e à atividade estatal, em todos os seus níveis, um conteúdo utópico de transformação da realidade, compromissado com a própria solução do problema das condições materiais de existência, não se restringindo, portanto, como o Estado Social do Direito, a uma adaptação melhorada dessas tais condições⁶⁹.

No Estado Democrático de Direito, além da contenção frente ao arbítrio político (típico do Estado Liberal de Direito) e ao arbítrio socioeconômico (típico do Estado Social de Direito), sustenta-se ainda a contenção frente ao arbítrio bélico-tecnológico, por vezes de apocalípticas proporções. Logo, os direitos que lhe são afetos detêm traço coletivo e difuso, porquanto jungidos a nobres interesses de grandes grupos ou mesmo interesses de toda a humanidade⁷⁰.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer – Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 97.

⁶⁷ ETIENE-R. MBAYA apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 523 - 524.

⁶⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 76.

⁶⁹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 91.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 91 - 92.

Ante essas considerações, tem-se, por fim, o desenvolvimento dos direitos de quarta dimensão que representam a "globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta dimensão que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social."⁷¹.

Os direitos da quarta dimensão consistem no direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo e deles, por conseguinte, depende a materialização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo quedar-se no plano de todas as afinidades e relações de coexistência.

Enquanto direito de quarta dimensão,

A democracia positivada há de ser, necessariamente, uma democracia direta, que se torna a cada dia mais possível, graças aos avanços tecnológicos dos meios de comunicação, e sustentada legitimamente pela informação correta e aberturas pluralistas do sistema. [...]. É de se lembrar, também, que deve ser uma democracia isenta, livre das contaminações, vícios e perversões da mórbida mídia manipuladora⁷².

Aqui, cabe a ressalva de que a própria existência de direitos fundamentais de quarta dimensão é ainda contestada por autores como Guerra Filho⁷³, por exemplo. Todavia, Bonavides tem defendido sua virtualidade, enquanto espaço em construção, ao afirmar que:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. [...]. Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...]. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...]. Os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia⁷⁴.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 524 - 526.

⁷² *Ibidem*, p. 525.

⁷³ GUERRA FILHO, Willis Santiago *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 89.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571 - 572.

Bobbio também vislumbra uma quarta dimensão, ao considerar que, neste cenário surgem novas exigências “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”⁷⁵.

Logo, os direitos da quarta dimensão não somente culmina a objetividade dos direitos das duas dimensões anteriores, mas também absorvem – sem, todavia, remove-la – a subjetividade dos direitos individuais de primeira dimensão ressaltando, assim que “tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico”⁷⁶.

Enfim, os direitos da quarta dimensão “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política”⁷⁷.

Assim, pode-se considerar que os direitos da segunda, terceira e quarta dimensão concretizam o futuro da globalização política, o início de sua legitimidade e a força que funde os valores primeiros de liberdade, igualdade e individualidade de uma nação.

Diante do exposto, na esteira da evolução gradual dos direitos fundamentais é de relevância a circunstância de que eles surgiram para limitar o poder estatal, como uma oposição do indivíduo ante o soberano, não raras vezes agindo com abuso de poder, invadindo a esfera particular do homem. Este, indubitavelmente foi o traço básico peculiar à história dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, dos direitos individuais aos sociais.

1.3. Dos direitos individuais aos direitos sociais

Os Direitos Individuais e Coletivos estão assegurados pela Constituição Federal de 1988, no texto do Capítulo I, inserido no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente no art. 5º., que evidencia os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, decorrendo destes todos os demais que estão salvaguardados nos incisos I a LXXVII.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer – Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 103.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 525.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 525.

Falando a respeito do art. 5º., tal dispositivo arrola os chamados direitos e deveres individuais e coletivos ao enunciar o direito de igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Apesar de ser uma declaração formal, não deixa de ter sentido especial esta primazia ao direito de igualdade que, por isso, serve de orientação ao intérprete quando da necessidade de se ter sempre presente o princípio da igualdade na consideração dos direitos fundamentais assegurados aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país⁷⁸.

Os direitos fundamentais são o resultado de um longo percurso histórico, político e social, que perpassou as revoluções europeias, o *Bill of Rights* norte americano e os vários textos das Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e, finalmente, 1988.

Assim, em um Estado Social, o poder delegado pelo povo a seus representantes não é absoluto, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado.

O estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário⁷⁹.

Logo, a "natureza jurídica das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais é constitucional na medida em que se inserem no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado"⁸⁰, por isso, os direitos e garantias têm aplicação imediata, independentemente da criação de ordenamento infraconstitucional (cf. art. 5º, § 1º), ou seja, são normas constitucionais de eficácia plena.

Seguindo a mesma postura, Silva afirma que:

O Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular, que "impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas sim o seu completo desenvolvimento" (cf. Emilio Crosa *Lo Stato democratico*, p. 25). Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana⁸¹.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 115.

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 25.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 117.

Os direitos fundamentais do homem-indivíduo são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. A Constituição de 1988 criteriosamente classifica os direitos que enuncia no artigo 5º. quando assegura a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade⁸².

Os direitos fundamentais consistem em prerrogativas individuais e coletivas, constitucionalmente assentadas e amparadas, em face de agentes públicos e privados e a essencialidade de tais direitos baseia-se no caráter instrumental dos mesmos, isto é, na efetivação do princípio inato da dignidade da pessoa humana, assim como na matriz constitucional adquirida.

Dois critérios de caracterização dos direitos fundamentais, o formal e o material, demonstram que a garantia aos direitos fundamentais, consagrada nos textos constitucionais, acompanha os diferentes regimes políticos e as lutas sociais, variando de acordo com o momento histórico vigente. Pelo primeiro critério, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional e, pelo segundo critério, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição⁸³.

Ainda sob a ótica do ponto de vista material, os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. “*Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos*”⁸⁴.

A terminologia “direitos fundamentais” refere-se a princípios que resumem a concepção do mundo, informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. É reservada, no nível do direito positivo, àquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza ou a garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que os direitos fundamentais:

Trata-se de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais no homem no sentido de que todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas corretamente e materialmente efetivados⁸⁵.

⁸² MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 98.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 561.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 159.

Há, portanto, uma distinção dos direitos fundamentais em três grupos: 1º.) dos direitos individuais expressos, aqueles explicitamente enunciados nos incisos no art. 5º.; 2º.) dos direitos individuais implícitos, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º., II) e 3º.) dos direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*⁸⁶.

Tal distinção torna possível a classificação dos direitos individuais nos grupos seguintes: 1º.) direito à vida; 2º.) direito à intimidade; 3º.) direito de igualdade; 4º.) direito de liberdade; 5º.) direito de propriedade. Tais categorias incluem os direitos individuais expressos (e implícitos), conforme seu objeto imediato⁸⁷.

A rubrica do Capítulo I do Título II anuncia também uma especial categoria dos direitos fundamentais: os direitos coletivos, que sobrevivem ao longo do texto constitucional caracterizados, na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º. e 37, IV), o direito de greve (arts. 9º. e 37, VIII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (art. 10), a representação de empregado junto aos empregadores (art. 11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); ou caracterizado como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e III, 27, § 4º., 29, XI, e 61, § 2º.; ou, ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º. Apenas as liberdades de reunião e de associação (art. 5º., XVI a XX), o direito de entidades associativas representar seus filiados (art. 5º., XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º.) e de petição (art. 5º., XXXV, “a”) restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos. Alguns deles não são propriamente direitos coletivos, mas direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião e de associação⁸⁸.

É possível observar que, na classificação dos direitos individuais no Estado Social-Liberal, é mantido, inicialmente, o tratamento estanque dos grupos dos direitos fundamentais, numa tentativa de se admitir que os direitos individuais fossem efetivados de maneira estanque, sem a existência dos seus pressupostos, ou seja, sem as condições socioeconômicas

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 561.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 159.

⁸⁸ *Ibidem*, 159 - 161.

igualitárias oferecidas como inclusão no Estado Social. Tal tratamento é superado, posteriormente, pela teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais⁸⁹.

Ao lado do catálogo dos direitos fundamentais individuais, já garantidos pelo Estado Liberal, surgiu um novo elenco de direitos: os direitos sociais, econômicos e culturais que, por sua vez, exigem ações positivas, ou seja, prestações materiais, por parte do Estado⁹⁰.

No que se refere aos direitos sociais, tais direitos representam o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos.

Tais direitos também se referem às colocações entre pessoa moral e pessoa social que, segundo Bobbio:

À pessoa moral referem-se especificamente os direitos de liberdade, à pessoa social, os direitos sociais, que recentemente foram também chamados por Gustavo Zagrebelsky de “direitos de justiça”. É dispensável acrescentar que em meio aos primeiros e aos segundos estão os direitos políticos, vale dizer, aqueles que estão no fundamento da participação direta ou indireta do indivíduo ou dos grupos na tomada de decisões coletivas, na qual consiste a democracia. Pode-se dizer sinteticamente que a democracia tem por fundamento o reconhecimento dos direitos de liberdade e como natural complemento o reconhecimento dos direitos sociais ou de justiça. Devido a essa dupla característica do reconhecimento, e correlata garantia e proteção, de direitos individuais e direitos sociais, as democracias contemporâneas, renascidas depois da catástrofe da Segunda Guerra Mundial, foram denominadas ao mesmo tempo liberais e sociais. Uma vez que os princípios de liberdade eram dados como pressupostos, desenvolvendo-se no Estado Democrático a partir do reconhecimento dos direitos de liberdade para chegar ao reconhecimento dos direitos sociais, falou-se de uma passagem da democracia liberal para a democracia social⁹¹.

A era dos direitos sociais foi efetivamente reconhecida após a Segunda Guerra Mundial, quando do reconhecimento do Estado Social, o que fez com que os direitos sociais fossem elevados a nível constitucional tendo os textos da Constituição Mexicana, de 1917, a Constituições da Alemanha, de 1919, da Polônia e da Iugoslávia, de 1921⁹² e do Brasil, de 1934⁹³ dentre outras⁹⁴, que passaram a considerar os direitos sociais também como direitos fundamentais.

⁸⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 36.

⁹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. São Paulo, Síntese, 1999. p. 67.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 75.

⁹² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 46.

⁹³ *Ibidem*, p. 46.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 46.

O artigo 123 da Constituição do México, de 1917, surpreendentemente tratava, de forma inédita, de matérias como a limitação da jornada de trabalho para oito horas diárias, a proibição do trabalho de menores de 12 anos e limitação há seis horas para os menores de 16 anos, a jornada máxima noturna de sete horas, o descanso semanal, a proteção à maternidade, o salário mínimo, a igualdade salarial, o adicional de horas extras, a proteção da maternidade, o direito de greve, o direito de sindicalização, a indenização de dispensa, higiene e segurança do trabalho, o seguro social e a proteção contra acidentes do trabalho e a conciliação e arbitragem dos conflitos trabalhistas, condições estas que representarem uma série de institutos que enriqueceram consideravelmente a proteção jurídica das relações de trabalho⁹⁵.

Em virtude do reconhecimento e da garantia dos direitos sociais, a Constituição Mexicana foi à primeira “a atribuir aos direitos trabalhistas à qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123)”

⁹⁶.

O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura no mercado. A Constituição mexicana estabeleceu, firmemente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito⁹⁷.

No ano de 1918, o III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunido em Moscou, adotou a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesta declaração foram afirmadas e levadas às suas consequências, agora com apoio da doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo socioeconômico quanto no político⁹⁸.

Além da Constituição Mexicana e da Constituição Russa, a Constituição Alemã de 1919, comumente chamada de Constituição de Weimar, também exerceu decisiva influência sobre a evolução dos direitos sociais.

A Constituição de Weimar, de 1919, é considerada a mais relevante no que se refere aos direitos sociais, pois:

⁹⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 37.

⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 178.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 181.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 183.

Disciplinava a participação dos trabalhadores nas empresas, autorizando a liberdade de coalização dos trabalhadores; tratou, também, da representação dos trabalhadores na empresa. Criou um sistema de seguros sociais e também a possibilidade de os trabalhadores colaborarem com os empregadores na fixação de salários e demais condições de trabalho. Daí em diante, as constituições dos países passaram a tratar do Direito do Trabalho e, portanto, a constitucionalizar os direitos trabalhistas⁹⁹.

O texto da Constituição da Primeira República Alemã, denominada Weimar, de 1919, dedica o quarto título ao direito à instrução, no qual está previsto o dever do Estado de prover a instrução. Outro título, o quinto, foi dedicado à vida econômica: no artigo 152 se lê que “o trabalho está sob a proteção do Estado”. Seguem-se vários artigos que desenvolvem esse tema, entre os quais é oportuno destacar o artigo 161, segundo o qual o Estado organiza um sistema de asseguarações para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, a proteção da maternidade, e assim por diante. Convém, entretanto, observar que esse artigo é apresentado não tanto sob o título dos direitos dos indivíduos, mas sob o título geral da política econômica social da sociedade, diferentemente do que se lê nas constituições contemporâneas, que expressam um verdadeiro e próprio direito ao trabalho¹⁰⁰.

Através da Constituição de Weimar, que aperfeiçoou a Constituição Mexicana de 1917, foi criado o Estado da Democracia Social, que representou a melhor defesa da dignidade humana, complementando os direitos civis e políticos com os direitos econômicos e sociais, ignorados na revolução industrial pelo liberal-capitalismo¹⁰¹.

No mesmo ano de 1919 surgiria a partir do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), encarregada da proteção das relações de trabalho no plano internacional, que regularia em suas convenções matérias que já constavam na Carta mexicana. Entre a Constituição do México e a da Alemanha, na Rússia revolucionária, seria adotada pelo III Congresso Pan-Russo dos Sovietes a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado¹⁰². A declaração continha, em bases diferentes, profundamente marxistas, "várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo socioeconômico quanto no político"¹⁰³.

É possível perceber, nesse contexto histórico, a crescente necessidade de garantia da dignidade da pessoa humana aliada à noção de que o Estado deve estar sempre presente e agir

⁹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 37.

¹⁰⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. São Paulo, Síntese, 1999. p. 76 - 77.

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder, Op. cit., p. 183.

¹⁰² Ibidem, p. 174.

¹⁰³ Ibidem, p. 174.

de forma a minorar os problemas sociais, buscando a melhoria de condições de vida aos seus cidadãos, visando à concretização da igualdade social.

Assim, almejando uma justiça social, após os efeitos da Segunda Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) promulgou a Declaração da Filadélfia, em 1944, passando a adotar e disciplinar temas mais amplos de políticas sociais e direitos humanos¹⁰⁴.

Com a eclosão das guerras mundiais na primeira metade do século XX, a dignidade da pessoa humana foi desvalorizada diante dos interesses das grandes potências. Passados esses acontecimentos, houve uma retomada da valorização dos direitos humanos na organização social dos Estados. Em 1944, a Conferência da OIT aprovou uma declaração que em seus cinco itens dá ênfase à dignidade do ser humano, à liberdade de expressão e de associação, à formação profissional, ao direito de todos à educação, entre outros¹⁰⁵.

No Brasil, a Constituição de 1934 e posteriormente e de forma mais abrangente, a de 1946, deram os passos iniciais à formação de um Estado Social, garantindo direitos como à aposentadoria, educação, assistência social, cultura, moradia, entre outros e, em especial, aos que visavam à proteção dos trabalhadores. O direito à saúde, embora direito tipicamente social, somente veio a ser considerado constitucional, de forma expressa, no texto da Constituição de 1988¹⁰⁶.

Nessa trajetória, os direitos sociais estiveram presentes em todas as Constituições que vigoraram no Brasil, ainda que em intensidades diversas.

A Constituição de 1824, chamada de Constituição Política do Império do Brasil, por exemplo, sofreu influências da Constituição Espanhola de 1812, da Constituição Francesa de 1814 e da Constituição Portuguesa de 1822¹⁰⁷.

A Constituição do Império assegurava a liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, independente de censura (artigo 179, IV); a liberdade de convicção religiosa e de culto privado, contanto que fosse respeitada a religião do Estado (artigo 5º). No campo dos direitos sociais, assegurava a igualdade de todos perante a lei (artigo 179, XIII); liberdade de trabalho (artigo 179, XXIV) e instrução primária gratuita (artigo 179, XXXII)¹⁰⁸.

¹⁰⁴ RESENDE, Vera Lúcia Pereira. *Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988*. 2006. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário FIEO, Osasco, 2006. p. 31.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 31.

¹⁰⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. São Paulo, Síntese, 1999. p. 71.

¹⁰⁷ RESENDE, Vera Lúcia Pereira, *Op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 47.

Importante citar também que a Constituição do Império estabelecia o acesso de todos os cidadãos aos cargos públicos (artigo 179, VIX); a proibição de foro privilegiado (artigo 179, XVI). No mesmo artigo, estabelecia que o direito a saúde a todos os cidadãos (artigo 179, XXXI). Interligado a saúde, assegurava que as cadeias deveriam ser limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes (artigo 179, XXI)¹⁰⁹.

Com a proclamação da República, em 1889, foi promulgada, em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que adotava a forma republicana de governo (artigo 1º), sendo influenciada pela doutrina norte-americana¹¹⁰.

Na Constituição de 1891, o Poder Legislativo passou a ser constituído pelo Congresso Nacional, Senado Federal e Câmara dos Deputados (artigo 16, parágrafo 1º), a igreja foi separada do Estado (artigo 72, parágrafo 7º), livre associação (artigo 72, parágrafo 8º) e a pena de morte passou a ser proibida (artigo 72, parágrafo 21)¹¹¹.

No entanto, mesmo diante de tantas transformações, a Constituição de 1891 não disciplinava normas que condiziam com a realidade do Brasil e, por isso não, obteve eficácia social. A título exemplificativo, a primeira Constituição da República não previu o direito a instrução gratuita, como previa a Constituição de 1824¹¹².

Neste contexto, as questões sociais surgiram somente no ano de 1930, quando Getúlio Vargas subiu ao poder. Como Presidente da República, “criou o Ministério do Trabalho, deu novo impulso a cultura, preparou novo sistema eleitoral para o Brasil, marcou eleições para a Assembleia Constituinte”¹¹³.

Com Getúlio Vargas na presidência, em 16 de julho de 1934 foi promulgada a terceira Constituição do Brasil, com uma forte conscientização pelos direitos sociais motivada pela Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição da Espanha de 1931. O texto, além da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, com o intuito de “organizar um regime democrático, que assegure a Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”¹¹⁴.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 47.

¹¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder, Op. cit., p. 187.

¹¹¹ Ibidem, p. 187.

¹¹² Ibidem, p. 187-188.

¹¹³ RESENDE, Vera Lúcia Pereira, Op. cit., p. 47.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 82.

Um bom exemplo da nova disciplina da ordem econômica e social da Constituição de 1934 consta no artigo 10, inciso II, que disciplinava ser competência concorrente da União e dos Estados cuidar da saúde e assistência pública. No artigo 121, parágrafo 1º, alínea h, estabelecia também que a assistência médica sanitária ao trabalhador, a assistência médica à gestante, assegurada a ela descanso antes e depois do parto¹¹⁵.

A Constituição de 1934 elevou os direitos e garantias trabalhistas como norma constitucional, instituindo normas de proteção social do trabalhador (artigo 121, *caput*), além de estatuir que todos têm direito a educação (art. 149) e a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos, e tendência a gratuidade do ensino ulterior ao primário (art. 150, § único, a)¹¹⁶.

Diante de tais inovações, é fato que a Constituição Brasileira de 1934 representou um grande avanço no campo dos direitos sociais, ao conceber um Estado intervencionista.

A quarta Constituição Brasileira foi a de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas no dia 10 de novembro. Por ter sido baseada no regime autoritário da Polônia, também era conhecida como Polaca e prescrevia que todo o Poder Executivo e Legislativo era concentrado nas mãos do Presidente da República, acabando com o princípio de harmonia e independência entre os três poderes. Os partidos políticos foram extintos e a pena de morte foi reintroduzida. Foi instituído o estado de emergência, que permitia ao presidente suspender as imunidades parlamentares, invadir domicílios, prender e exilar opositores, além de retirar do trabalhador o direito de greve¹¹⁷.

No campo social, a Constituição de 1937 estabelecia em seu artigo 16, inciso XXVII, a competência privativa de a União legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança. Em seu artigo 137, alínea I, prescrevia que a legislação do trabalho deveria observar, dentre outros preceitos, a assistência médica e higiênica ao trabalhador e para a gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de descanso antes e após o parto¹¹⁸.

Já em 1946, após a queda de Getúlio Vargas e diante de um período de redemocratização, foi promulgada a Constituição de 1946 que, além de restaurar os direitos e garantias individuais, reduziu as atribuições do Poder Executivo, restabelecendo equilíbrio entre os poderes¹¹⁹.

¹¹⁵ Ibidem, p. 83.

¹¹⁶ Ibidem, p. 83.

¹¹⁷ RESENDE, Vera Lúcia Pereira, Op. cit., p. 49.

¹¹⁸ Ibidem, p. 49.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 84.

Um dos pontos mais positivos do texto constitucional de 1946 está no artigo 145 (Título V: Da Ordem Econômica e Social), que estabelecia que a ordem econômica devia ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano¹²⁰.

A Constituição de 1967 foi promulgada em 24 de janeiro de 1967 e entrou em vigor em 15 de março do mesmo ano, quando o Marechal Arthur da Costa e Silva assumiu a Presidência. No seu texto, as condições sociais tiveram destaque no artigo 8º, inciso XV, que afirmava competir a União estabelecer planos nacionais de saúde, e no inciso XVII, alínea c, estatuiu a União a competência para legislar sobre defesa e proteção da saúde, permitindo que os Estados legislassem de forma supletiva (§ 2º) e o artigo 158, inciso XV, assegurava aos trabalhadores, nos termos da lei, dentre outros direitos que visassem a melhoria de sua condição social, a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva¹²¹.

Ainda quanto aos direitos sociais, a Constituição de 1967 apresentou dois tipos de inovações, positiva e negativa. Negativamente, a Constituição de 1967 reduziu para 12 anos a idade mínima de permissão do trabalho (art. 158, X); a supressão da estabilidade e o estabelecimento do regime de fundo de garantia como alternativa (art. 158, XIII); e, restrições ao direito de greve (art. 158, XXI). De forma positiva, a Constituição de 1967 inseriu modestas inovações, como a inclusão do direito ao salário-família aos dependentes do empregador (art. 158, II); proibição de diferença de salários também por motivo de etnia (art. 158, III); participação do trabalhador na gestão da empresa (art. 158, V) e, aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral (art. 158, XX)¹²².

Conforme se pode notar nos textos das constituições anteriores à atual Constituição, os direitos sociais obrigam o Estado, como representante da inteira coletividade, a intervir positivamente na criação de institutos aptos a tornar, de fato, possível o acesso à instrução, o exercício de um trabalho, o cuidado com a própria saúde. Enquanto os direitos individuais se inspiram no valor primário da liberdade, os direitos sociais se inspiram no valor primário da igualdade. São direitos que tendem a corrigir desigualdades que nascem das condições econômicas e sociais¹²³.

A Constituição Brasileira de 1988 assegurou os Direitos Sociais no Título II, onde estão consignados os artigos 6º. ao 11. O artigo 6º. declinou os direitos sociais, quais sejam: a

¹²⁰ Ibidem, p. 84.

¹²¹ RESENDE, Vera Lúcia Pereira, Op. cit., p. 51.

¹²² Ibidem, p. 51.

¹²³ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 78.

educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados¹²⁴.

Os direitos sociais são considerados direitos fundamentais da segunda dimensão e tiveram, anteriormente, sua juridicidade questionada, sendo remetidos à esfera programática, por não conterem para a sua concretização aquelas garantias processuais dadas aos direitos de liberdade. Entretanto, as atuais Constituições, inclusive a brasileira, elaboraram o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Logo, estando tais direitos incluídos no título concernente aos Direitos e Garantias Fundamentais, sua aplicabilidade passa a ser imediata.

Além disso, Bonavides lembra que:

A Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração¹²⁵.

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 da dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da sociedade e do poder. Em razão disso, esta dignidade da pessoa humana foi erigida por fundamento de um novo Estado de Direito, no artigo 1º. da Constituição. Com efeito, sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais “a sociedade livre, justa e solidária”¹²⁶, contemplada constitucionalmente no art. 3º. como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O reconhecimento dos direitos sociais fundamentais representa a pressuposição ou pré-condição para um efetivo exercício dos direitos de liberdade não havendo, por isso, distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais e, no que concerne à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já mencionado, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana¹²⁷.

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 92.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 93.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 94.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 81.

Logo, para o exercício dos direitos individuais, para que o indivíduo seja livre, ele tem que ter acesso a direitos sociais, tais como saúde e educação e direitos econômicos, tais como trabalho e justa remuneração¹²⁸.

Uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica essencial para a garantia de cumprimentos e entendimento dos direitos sociais onde os postulados de justiça e igualdade ainda não possuem mecanismos suficientes de concretização. Em verdade, para tornar eficazes os direitos sociais, o Estado precisa ministrar duas distintas formas de garantia, seja ela a garantia jurídica, de natureza formal e a garantia econômica, de natureza material¹²⁹.

Os direitos sociais podem ser entendidos como aqueles que exigem uma prestação positiva do Estado que, por sua vez, deve agir para oferecer trabalho, saúde, habitação etc. De modo contrário, os direitos individuais podem ser vistos como direitos contra o Estado ao proibir uma atuação estatal que atente contra as liberdades individuais¹³⁰.

Com respeito aos direitos fundamentais, a concepção liberal entendia, dogmaticamente, que bastava a garantia jurídica, não havendo necessidade da garantia econômica, porquanto esta já fora proporcionada pelo sistema mesmo de regulação de bens da sociedade burguesa, que fazia, assim, da abstenção intervencionista um artigo de fé, talvez o cânone mais festejado de seu Estado de Direito¹³¹.

Conforme se pode observar, todas as dimensões de direitos fundamentais, sejam os direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais, exigem obrigações negativas ou positivas por parte do Estado, ou seja, os direitos civis e políticos não são realizados apenas mediante obrigações negativas, assim como os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais não são realizados apenas com obrigações positivas¹³².

A consequência de tal relação é uma afinidade estrutural entre todos os direitos fundamentais, reforçando a ideia de indivisibilidade, conforme já reconhecido pela ONU desde 1948. Como exemplos tem-se a dificuldade em desvincular o direito à vida (1ª dimensão) do direito à saúde (2ª dimensão), a liberdade de expressão (1ª dimensão) do direito à educação (2ª dimensão), o direito de voto (1ª dimensão) do direito à informação (4ª dimensão), o direito de reunião (1ª dimensão) do direito de sindicalização (2ª dimensão), o

¹²⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 44.

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 96 - 97.

¹³⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 44.

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 96 - 97.

¹³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. São Paulo: Síntese, 1999. p. 26.

direito à propriedade (1ª dimensão) do direito ao meio ambiente sadio (3ª dimensão) e assim por diante¹³³.

No caso específico da saúde, foco do presente estudo, os conflitos entre a primeira e segunda dimensões podem ser assim explicados: em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos *etc.*) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualdade social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança um alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial¹³⁴.

Aqui, vale exemplificar a relação entre as dimensões quando da permissão de que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de medicamentos no intuito de baratear os custos de um determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio, apreciando um pedido feito pelo Brasil no campo da AIDS, devido a um processo movido pelos Estados Unidos contra o Brasil, que havia permitido a licença compulsória de medicamentos com base na Lei de Propriedade Industrial brasileira e no Acordo Internacional sobre Propriedade Intelectual (*TRIPS Agreement*), firmado pelos países membros da Organização Mundial de Comércio (OMC). Como se sabe, ao fim do processo, os EUA aceitaram que o Brasil produza medicamentos genéricos anti-Aids, desde que se comprometa a avisar antecipadamente a concessão de licenças compulsórias de patentes registradas por indústrias farmacêuticas norte-americanas¹³⁵.

Indo mais além, ainda é possível dimensionar a saúde na sua quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, inc. III)¹³⁶.

Assim, no que se refere aos conflitos entre as dimensões, é de suma importância tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis, a fim de não se priorizarem os

¹³³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 524-525.

¹³⁴ LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003, p. 02. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666>>. Acesso em: 21 ago. 2012.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 02.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 02.

direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais ou vice-versa. De fato, de nada adianta a liberdade sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para fruição desse direito. Isto quer dizer que não é possível, portanto, falar em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas¹³⁷.

É até valioso relacionar os direitos sociais às liberdades para que, desde logo, fique claro que não se trata de optar entre aqueles e estas. Não se querem direitos sociais sem liberdade, assim como esta não é possível, para todos, sem aqueles. Em ambos esses casos, ficaria comprometida a democracia e o princípio da dignidade da pessoa humana¹³⁸.

A indivisibilidade dos direitos fundamentais exige que seja abolida a noção de que os direitos sociais são de segunda categoria como se houvesse hierarquia entre as diversas dimensões de direitos fundamentais e, mais ainda, que a violação de um direito social não fosse tão grave quanto à violação de um direito civil ou político¹³⁹.

Neste contexto, têm-se que o direito social está ligado em sua essência aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, valores albergados na principiologia constitucional, consagrados doutrinariamente e jurisprudencialmente, uma vez que são os pilares do Estado Democrático de Direito.

Diante de tais considerações passa-se a discutir, a partir do capítulo seguinte, o direito social à saúde, seu conceito, o dever constitucional do Estado de garantia de tal direito e como se cumpre esta garantia no atual Estado Democrático brasileiro.

¹³⁷ MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição como democracia*. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – UFSC, Curitiba, 2002. p. 217.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 217-218.

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 525.

2. DIREITO À SAÚDE

Uma vez apresentado todo o contexto político e histórico que envolve a questão dos direitos fundamentais, o presente capítulo discute, a partir de agora, o direito fundamental à saúde previsto na Constituição Federal de 1988 e sua relação com o dever constitucional do Estado de garantia de tal direito.

A concepção do direito à saúde como condição de vida e bem estar social constitui o chamado Direito Social¹⁴⁰, que ultrapassa a visão da oferta dos serviços de saúde e que está intimamente associado à dignidade humana e é a que passa a figurar no cenário brasileiro, a partir de sua legitimação, decorrente de uma estrutura de Estado Democrático de Direito, com a Constituição Federal de 1988¹⁴¹.

O direito à saúde, por estar inserido entre os direitos fundamentais sociais, ou prestacionais, se configura como um dos elementos que marcaram a passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, para a existência no texto constitucional de direitos à prestação, direitos estes que impõem um dever ao Estado e que passam a exigir do Estado, enquanto ente propiciador da liberdade humana, não mais aquela atividade negativa, de restrição de sua atuação, mas uma ação positiva, através de uma efetiva garantia e eficácia do direito fundamental prestacional à saúde¹⁴².

Ademais, o Estado Democrático de Direito, tem a função de dar garantia e eficácia de direitos aos cidadãos e, aqui, os direitos fundamentais configuram-se como pressuposto para a vida de qualquer ser humano, pois, sem estes, não há dignidade humana. Com isto, o direito à saúde se consubstancia em um direito público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia¹⁴³.

Diante de tais considerações torna-se necessário, antes de qualquer outra colocação, conceituar o termo saúde e definir como tal conceito é visto e tratado na Constituição Federal de 1988 e na sociedade.

¹⁴⁰ Aqui, vale ressaltar que, embora haja outros direitos sociais, como moradia, por exemplo, será tratado somente o direito à saúde, foco do presente estudo.

¹⁴¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988.

¹⁴² HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 3 set. 2012.

¹⁴³ *Ibidem*.

2.1. Saúde: conceito e atribuições jurídicas

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social¹⁴⁴.

Embora tal definição pareça ser simples e objetiva, o grande desafio na conceituação do termo saúde está no fato de ser este um conceito enfocado quase que exclusivamente nos pontos de vista da doença, patologia e seus correlatos, sem levar em conta, pelo menos inicialmente, outros aspectos de igual importância, como a psicologia e a política, por exemplo¹⁴⁵.

Do ponto de vista epistemológico, a dificuldade de conceituar saúde é reconhecida desde a Grécia antiga. A carência de estudos sobre o conceito de saúde propriamente definido parece indicar uma dificuldade do paradigma científico dominante nos mais diversos campos científicos de abordar a saúde positivamente. Por outro lado, tal pobreza conceitual pode ter sido resultado da influência da indústria farmacêutica e de certa cultura da doença, que têm restringido o interesse e os investimentos de pesquisa a um tratamento teórico e empírico da questão da saúde como mera ausência de doença¹⁴⁶.

Entretanto, a evolução dos estudos da divisão do corpo humano, a tecnologização das práticas e a fragmentação do saber, com o surgimento das várias especialidades médicas, têm gerado reações contra a expropriação da saúde e, desde a década de 1970, vêm propiciando um movimento que busca ressuscitá-la como objeto científico¹⁴⁷.

A saúde não deve ser entendida apenas como fenômeno puramente biológico, uma vez que ela também é resultante de condições socioeconômicas e ambientais¹⁴⁸, devendo a doença ser considerada como

Um sinal estatisticamente relevante e precocemente calculável, de alterações do equilíbrio homem-ambiente, induzidas pelas transformações produtivas, territoriais, demográficas e culturais, incontroláveis nas suas consequências, além de sofrimento individual e de desvio duma normalidade biológica ou social¹⁴⁹.

¹⁴⁴ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista Saúde Pública*, v. 31, n. 5, p. 538-42, 1997.

¹⁴⁵ COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; ALMEIDA FILHO, Naomar de. Conceitos de saúde em discursos contemporâneos de referência científica. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 315-330, maio-ago. 2002.

¹⁴⁶ AYRES, José Ricardo. *Sobre o risco: para compreender a epidemiologia*. São Paulo: Hucitec, 1997. p. 49.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 49-50.

¹⁴⁸ SAÚDE E MEIO AMBIENTE. *Intersectorialidade*. OPAS/2004.

¹⁴⁹ SAÚDE E MEIO AMBIENTE. *Intersectorialidade*. OPAS/2004.

Assim, não se pode mais considerar a saúde de forma isolada das condições que cercam o indivíduo e a coletividade. Falar, hoje, em saúde sem levar em conta o modo como o homem se relaciona com o seu meio social e ambiental é voltar à época em que a doença era um fenômeno meramente biológico, desprovido de qualquer outra interferência que não fosse tão somente o homem e seu corpo¹⁵⁰.

Logo, sem deixar de lado a importância da abordagem individual da saúde configura-se, aqui, o aspecto público da saúde que, por sua vez, abrange os campos da política e da legislação.

Do ponto de vista das práticas e políticas de saúde, os sistemas de saúde do mundo ocidental assim como os do Brasil, têm sido questionados por sua dependência em relação a um modelo assistencial individualista, com ênfase na dimensão curativa da doença, além dos elevados custos e da baixa efetividade. Ganha força, então, a ideia de conceituar e, conseqüentemente, promover a saúde e não apenas de curar a doença, emergindo daí os conceitos de vigilância da saúde, políticas públicas saudáveis e cidades saudáveis, articulados à noção de promoção da saúde pela mudança das condições de vida e de trabalho da população¹⁵¹.

O discurso da saúde pública e as perspectivas de redirecionar as práticas de saúde, a partir das duas últimas décadas, vêm articulando-se em torno da ideia de promoção da saúde. Promoção é um conceito tradicional, definido como um dos elementos do nível primário de atenção em medicina preventiva. Este conceito foi retomado e ganhou mais ênfase recentemente, especialmente no Canadá, Estados Unidos e países da Europa ocidental. A revalorização da promoção da saúde resgata, com um novo discurso, o pensamento médico social do século XIX expresso na obra de autores como Virchow, Villermée, Chadwick e outros, afirmando as relações entre saúde e condições de vida¹⁵².

Uma das motivações centrais dessa retomada foi a necessidade de controlar os custos desmedidamente crescentes da assistência médica, que não correspondem a resultados igualmente significativos. Tornou-se uma proposta governamental, nestes países, ampliar, para além de uma abordagem exclusivamente médica, o enfrentamento dos problemas de saúde principalmente das doenças crônicas em populações que tendem a se tornar proporcionalmente cada vez mais idosas¹⁵³.

¹⁵⁰ BERLINGUER, Giovanna. *Medicina e política*. 3 ed. São Paulo: Hucitec, 1987. p. 59.

¹⁵¹ MENDES, Eugenio Vilaça. *Uma agenda para a saúde*. São Paulo, Hucitec, 1996. p. 79.

¹⁵² LEAVELL, Hugh; CLARK, Gurney. *Medicina preventiva*. São Paulo: McGraw-Hill, 1976. p. 21.

¹⁵³ BUSS, Paulo Mariorch. Promoção da saúde e qualidade de vida. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 5, n. 1, p. 163-177, 2000.

A configuração do discurso da nova saúde pública ocorreu no contexto de sociedades capitalistas neoliberais. Um dos eixos básicos do discurso da promoção da saúde é fortalecer a ideia de autonomia dos sujeitos e dos grupos sociais¹⁵⁴.

Neste contexto, a perspectiva conservadora da promoção da saúde reforça a tendência de diminuição das responsabilidades do Estado, delegando, progressivamente, aos sujeitos, a tarefa de tomarem conta de si mesma¹⁵⁵.

Ao mesmo tempo, afirmam-se perspectivas progressistas que enfatizam uma outra dimensão do discurso da promoção da saúde, ressaltando a elaboração de políticas públicas intersetoriais, voltadas à melhoria da qualidade de vida das populações. Promover a saúde alcança, desta maneira, uma abrangência muito maior do que a que circunscreve o campo específico da saúde, incluindo o ambiente em sentido amplo, atravessando a perspectiva local e global, além de incorporar elementos físicos, psicológicos e sociais¹⁵⁶.

Logo, o direito à saúde não significa somente direito de acesso à medicina curativa, mas também direito à saúde física e mental, que começa com a medicina preventiva, com o esclarecimento e educação da população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável e na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras coisas¹⁵⁷.

De maneira absoluta, individual ou pública, isolada ou intersetorial, a saúde é, sem dúvida alguma, um direito.

Assim, diante de tais considerações e discussões acerca da saúde e sua aplicação pública tem-se que, com a Constituição de 1988, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito subjetivo público como resultado do reconhecimento de que o sujeito é detentor do direito e o Estado o seu devedor, além, é obvio, de uma responsabilidade própria do sujeito que também deve cuidar de sua própria saúde e contribuir para a saúde coletiva¹⁵⁸.

Hoje, compete ao Estado garantir a saúde do cidadão (individual) e da coletividade (pública) através, principalmente, das políticas públicas que podem ser conceituadas como todas as ações de governo, divididas em atividades diretas de produção de serviços pelo

¹⁵⁴ CARVALHO, Antônio Ivo de. Da saúde pública às políticas saudáveis: saúde e cidadania na pós-modernidade. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 1, n. 1, p. 104-121, 1996.

¹⁵⁵ CASTELLANOS, Pedro Luis. Epidemiologia, saúde pública, situação de saúde e condições de vida: considerações conceituais. In: BARATA, R. B (Org.). *Saúde e movimento: condições de vida e situação de saúde*. Rio de Janeiro: Abrasco, 1997. p. 82.

¹⁵⁶ CARVALHO, Antônio Ivo de. Op. cit., p. 104-121.

¹⁵⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 208.

¹⁵⁸ Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.080/90 – "O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade". O direito à saúde obriga a todos, indistintamente, por envolver questões de cunho coletivo e direitos difusos. "Ninguém tem o direito de prejudicar a saúde de outrem."

próprio Estado e em atividades de regulação de outros agentes econômicos, também como conjunto de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público. As políticas públicas emanam do poder público que as formaliza, legitima, implementa e controla¹⁵⁹.

Logo, diante do conceito trazido pela Constituição de que "saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", o sistema que até então apenas considerava a saúde pública como dever do Estado no sentido de coibir ou evitar a propagação de doenças que colocavam em risco a saúde da coletividade¹⁶⁰ foi abandonado, assumindo-se que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação. A visão epidemiológica da questão saúde-doença, que privilegia o estudo de fatores sociais, ambientais, econômicos, educacionais que podem gerar a enfermidade, passou a integrar o direito à saúde¹⁶¹.

Nesse caso, o conceito de saúde considera as suas determinantes e condicionantes (alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte etc.) e impõe aos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde (a ser discutido mais adiante) o dever de identificar esses fatos sociais e ambientais e ao Estado o de formular políticas públicas condizentes com a elevação do modo de vida da população¹⁶².

A saúde é, assim, um dever constitucional do Estado representando, mais além desta colocação, um direito social efetivo pautado em princípios jurídicos.

¹⁵⁹ SCHNEIDER, Volker. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 5. n. 1, jan.-jun. 2005.

¹⁶⁰ O Estado passou a se preocupar com saúde quando percebeu o perigo social de doenças transmissíveis, contagiosas que poderiam devastar populações inteiras; daí a preocupação anterior com a prevenção e tratamento de doenças contagiosas como a cólera, a hanseníase, a tuberculose e com outros cuidados que competiam à polícia sanitária.

¹⁶¹ SANTOS, Lenir. Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 821, 2 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7378>>. Acesso em: 7 set. 2012.

¹⁶² *Ibidem*.

2.2. O dever constitucional do Estado em assegurar a saúde e os princípios jurídicos do direito à saúde

A saúde e sua conseqüente preservação são uma das maiores preocupações do indivíduo e garantia de sua sobrevivência. Justamente por isso, há tanta discussão a respeito não somente da conceituação da doença, mas principalmente a respeito dos avanços e descobertas da área científica o que, por sua vez, diversifica as possibilidades de diagnóstico e tratamento dos mais variados tipos de doença¹⁶³.

Em contrapartida, tais avanços e descobertas na área da saúde vêm acompanhados de um alto custo, o que tornou impossível, em países como o Brasil, o acesso da população em geral a estas evoluções tecnológicas. Assim, o próprio Estado, que surge como o responsável pela preservação deste acesso ao serviço de saúde, com o passar do tempo, revelou-se incompetente ou impotente para fazer frente aos seus elevados custos¹⁶⁴.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um contexto muito importante para o direito à saúde no Brasil, visto que, de acordo com a Constituição, o Estado tem a responsabilidade de promover o acesso para todos, sendo um direito universal que pertence aos brasileiros e estrangeiros que assim necessitarem, podendo utilizar os serviços de saúde de forma gratuita, a fim de promover o seu direito¹⁶⁵.

Desse modo, a saúde foi reconhecida como um direito social fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que incluiu como um dos princípios basilares a dignidade da pessoa humana e, por ser um Estado Democrático de Direito, visa superar desigualdades sociais com o fim de realizar justiça social¹⁶⁶.

Toda a sociedade precisa viver dignamente e o Estado tem papel primordial no cumprimento deste princípio constitucional tão importante. Sendo certo que, o direito à saúde integra o direito à vida, com o desígnio de proporcionar a cada cidadão o garantismo estatal da dignidade da pessoa humana.

¹⁶³ SPITZCOVSKY, Celso. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1053, 20 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8382>>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037&revista_caderno=9>. Acesso em: 10 set 2012.

¹⁶⁶ Ibidem.

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos¹⁶⁷.

Segundo André da Silva, “a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, pois se consubstancia em característica indissociável do direito à vida”¹⁶⁸.

Assim, partindo do pressuposto que a saúde é condição indispensável à garantia da vida humana e que valor maior terá a vida se ela for vivida com decência, outra não poderia ser a ponderação quanto à impossibilidade de se dissociarem os vetores da dignidade da pessoa humana do direito à vida e à saúde.

O embasamento constitucional da garantia do direito à saúde no Brasil encontra-se no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, cujo rol elenca os chamados direitos sociais de seguinte forma: “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.”

Portanto, de acordo com o art. 6º da Constituição Federal, o direito à saúde é um direito social. Partindo deste pressuposto, o direito à saúde, no Brasil, é um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia e efetividade, sob pena de ineficácia de tal direito fundamental.

Nesse sentido, a relação entre saúde e serviço público surge, conforme já apresentado, como uma garantia do direito à vida, caracterizando-se como cláusula pétrea. Mais do que isto, esta previsão expressa, pela primeira vez dentro de uma Constituição brasileira, um avanço significativo nas relações sociais, na medida em que impede a possibilidade de o legislador e o administrador criarem alguma situação que implique esvaziamento do conteúdo desse dispositivo constitucional¹⁶⁹.

Além disso, uma vez que o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida que, por sua vez possui uma íntima relação com um dos pilares da República Federativa do Brasil, ou seja, o da Dignidade da Pessoa Humana, relacionado no art. 1.º, III, da Constituição Federal, qualquer previsão legal ou qualquer atitude tomada pelo Poder Público que provoque

¹⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, 34/11, abr- jun 2009, p. 10.

¹⁶⁸ ORDACGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹⁶⁹ ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 91.

como consequência o esvaziamento do direito à vida trará, como corolário, o desrespeito à dignidade da pessoa humana, pois são dois vetores considerados igualmente fundamentais pela Constituição¹⁷⁰.

Assim, diante da relação entre o direito e serviço de saúde e os conceitos de direito à vida e dignidade da pessoa humana, vale ressaltar que qualquer ato que desconidere ou enfraqueça tais valores básicos fixados pela Constituição, torna-se, além de inadmissível, inconstitucional o que pede, por conseguinte, o estabelecimento de parâmetros ligados à atuação do Estado em relação ao serviço de saúde e a possibilidade de sua responsabilização pelo descumprimento dos seus deveres constitucionais¹⁷¹.

O cumprimento dos deveres constitucionais do Estado tem sua importância definida diante do fato de ser a Constituição Federal um documento de natureza política e fruto de um pacto social e, assim sendo, a interpretação de suas normas assume um caráter particular, com regras próprias, totalmente diferentes daquelas vislumbradas para a legislação infraconstitucional. Em outras palavras, as características peculiares do atual texto constitucional impõem a utilização de princípios específicos para a interpretação de suas normas, entre os quais se têm: o princípio da efetividade¹⁷².

O princípio da efetividade atribui a uma norma constitucional, em razão da posição por ela ocupada no ordenamento jurídico, o significado que maior eficácia lhe ofereça. Nesse sentido:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thomas) é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)

¹⁷³

Tem-se aqui, mais uma vez, a referência aos direitos fundamentais, base de todo e qualquer princípio inserido no atual texto constitucional. Assim, com relação a tudo que se refira à interpretação da norma constitucional relacionada à prestação do serviço de saúde,

¹⁷⁰ Ibidem, p. 91-92.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Ingo%20Wolf>. Acesso em: 10 set. 2012.

¹⁷² SPITZCOVSKY, Celso. Op. cit.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185.

deve ser conferido à mesma o sentido que maior eficácia lhe ofereça, ou seja, o sentido que lhe atribua maior densidade de modo a preservar a vida e a dignidade da pessoa humana.

Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação¹⁷⁴.

Ainda em se tratando do princípio da efetividade, qualquer interpretação que se pretenda oferecer a um dispositivo constitucional, principalmente para aqueles inseridos entre os direitos fundamentais, que importe em retirar ou mesmo diminuir a sua eficácia, deverá ser considerada inconstitucional. Ademais, embora todas as normas constitucionais apresentem o mesmo patamar hierárquico, algumas delas apresentam também um campo de irradiação maior, razão pela qual surgem como parâmetros de interpretação das demais ou princípios constitucionais que, por sua importância, merecem uma análise especial na medida em que surgem como paradigma para que se possa alcançar a correta interpretação das demais normas constitucionais¹⁷⁵.

Assim, somente segundo cada princípio constitucional e conseqüente interpretação é que deverá se desenvolver a análise dos conceitos de "vida", "dignidade da pessoa humana" e "saúde", fundamentais para que se possam apurar os limites da atuação e da responsabilização do Estado.

Quanto fica dito demonstra que a Constituição, a despeito de seu carácter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1.º, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado¹⁷⁶.

Além disso, "nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana"¹⁷⁷.

¹⁷⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 109-111.

¹⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 87.

¹⁷⁶ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 166-167.

¹⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 233.

Os posicionamentos acima mostram que a dignidade da pessoa humana surge como núcleo essencial dos direitos fundamentais o que, por sua vez, confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática a todo o sistema.

No Estado Democrático de Direito, o direito à existência digna é refletido, entre outros aspectos, pela obrigação atribuída ao Estado e à sociedade de realização de ações integradas para a implementação da seguridade social (art. 194), destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social¹⁷⁸.

Nesse contexto, estão incluídas as ações no campo da saúde, realizadas mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo-se o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

O direito à saúde [...] representa consequência constitucional indissociável do direito a vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional¹⁷⁹.

Pode-se dizer, então, que a previsão do direito à vida como cláusula pétrea e sua íntima relação com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana trazem, como consequência, a necessidade de o Poder Público assegurar a eficiente prestação dos serviços públicos necessários à garantia de uma condição de vida digna, sob pena de responsabilidade.

Ainda com relação à saúde, vale ressaltar o Título VII, Capítulo II, relativo à Seguridade Social, segundo redação apresentada pelo art. 194 da Constituição Federal:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e do atendimento [...].

Ademais, cabe lembrar que o texto constitucional menciona a universalidade não só do atendimento, mas também da cobertura, o que reflete a necessidade do Estado se

¹⁷⁸ SPITZCOVSKY, Celso. Op. cit.

¹⁷⁹ MELLO, Celso de Mello. *Boletim de Direito Administrativo*. Ago. 2001. p. 641.

responsabilizar pelo atendimento de qualquer demanda nesse setor, apresentada, inclusive, por qualquer pessoa¹⁸⁰.

Diante de tais posicionamentos, tem-se que qualquer omissão do Estado no papel de garantidor do direito à saúde decorrerá na propositura de medidas judiciais. Logo, a possibilidade de responsabilização do Estado estará presente não somente naquelas situações em que ele não garantir o direito à saúde, mas também quando o assegurar de forma ineficiente¹⁸¹.

Aqui vale ressaltar que o cumprimento de forma ineficiente do papel atribuído ao Estado pela Constituição Federal na garantia do direito à saúde abrange também as hipóteses em que a saúde, embora assegurada, não seja assegurada de forma igualitária e universal, quanto ao atendimento e à cobertura. Além disso, tal direito ainda apresenta uma amplitude enorme, uma vez que inclui não só o acesso a tratamentos necessários para a sua preservação, mas também o oferecimento dos medicamentos que se revelarem imprescindíveis para a sua manutenção¹⁸².

A atual Constituição preconizou a instituição de um Sistema Único de Saúde (SUS), que será objeto de estudo a seguir, financiado com os recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que apresenta, como um dos principais objetivos, afastar as tentativas do Poder Público de se furtar em assumir suas responsabilidades frente aos cidadãos brasileiros.

2.3. O Sistema Único de Saúde (SUS)

Desde a Constituição Federal de 1988, no Brasil existe o Sistema Único de Saúde (SUS), cuja finalidade é a integral assistência à saúde de todos os cidadãos, de maneira universal e irrestrita. Sua previsão constitucional expressa que o SUS é um sistema único, integralizado e hierarquizado que engloba as ações e serviços de saúde pública do país¹⁸³.

Nesse sentido, além da Constituição Federal de 1988, leis infraconstitucionais foram sendo promulgadas com o objetivo de criar e viabilizar garantia e cumprimento do direito à

¹⁸⁰ SPITZCOVSKY, Celso. Op. cit.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 186

¹⁸² *Ibidem*, p. 186.

¹⁸³ ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro, Op. cit.

saúde no Brasil. Ressalta-se a Lei nº. 8.080/90, que organiza e estrutura o funcionamento dos serviços de saúde; a Lei nº. 8.142/90 que garante a participação dos usuários do sistema na gestão desses serviços e a transferência de recursos financeiros intergovernamentais; a Portaria nº 3.916, que aprova a Política Nacional de Medicamentos e a Norma Operacional da Assistência à Saúde, nº 01/2002 (NOAS-SUS 01/02), aprovada por Portaria do Ministério da Saúde e que vem a suceder a Norma Operacional Básica do SUS, nº. 01/96¹⁸⁴.

Destes, a Política Nacional de Medicamentos tem como propósito garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. Com esse intuito, suas principais diretrizes são o estabelecimento da relação de medicamentos essenciais, a reorientação da assistência farmacêutica, o estímulo à produção de medicamentos e a sua regulamentação sanitária¹⁸⁵.

A Política Nacional de Medicamentos também observa e fortalece os princípios e as diretrizes constitucionais e legalmente estabelecidos, explicitando, além das diretrizes básicas, as prioridades a serem conferidas e as responsabilidades dos gestores do Sistema Único de Saúde na sua efetivação¹⁸⁶.

Já a Norma Operacional da Assistência à Saúde, Lei nº. 01/2002 (NOAS-SUS 01/02) amplia as responsabilidades dos municípios na atenção básica; estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade; cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde e procede à atualização dos critérios de habilitação de estados e municípios. A habilitação pela NOAS 2002 pressupõe que estados e municípios organizem suas estruturas de controle, regulação e avaliação para garantir o acesso de seus cidadãos a todas as ações e serviços necessários para a resolução de seus problemas de saúde, otimizando recursos disponíveis e reorganizando a assistência, buscando a melhor alternativa em termos de impacto na saúde da população¹⁸⁷.

No entanto, não há dúvidas de que o SUS é, hoje, a maior estrutura de política pública voltada para a área da saúde.

Ainda que a instituição formal do SUS tenha se dado na Constituição Federal de 1988, suas origens remontam há muito mais tempo, a partir da crise do modelo médico

¹⁸⁴ ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Op. cit.

¹⁸⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. v. 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. p. 68.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 68-69.

¹⁸⁷ ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Op. cit.

assistencial privatista que se hegemonizou na segunda metade do século XX, induzido pelo processo da industrialização brasileira. Sua configuração veio assegurar o delineamento de um arcabouço legal sanitário, associado ao arcabouço político (desenvolvimento da política pública de saúde), visando satisfazer o interesse público (garantir o direito à saúde)¹⁸⁸.

Nesse contexto, uma vez definida pela Constituição a saúde como um direito fundamental e atribuído ao Estado o dever de promoção, proteção e recuperação da saúde, o Direito brasileiro iniciou um acelerado processo renovador, consolidando-se como Direito Sanitário, enraizado em bases jurídicas, ao definir princípios, objetivos e diretrizes, para que o direito à saúde fosse uma realidade nacional¹⁸⁹.

As mudanças políticas e econômicas que se deram nos anos 1970 e 1980 determinaram o esgotamento do modelo sanitário tecnicista. Esta crise e o processo de redemocratização do país determinaram novos rumos nas políticas públicas e fizeram surgir, na arena sanitária, sujeitos sociais que propunham um modelo alternativo de atenção à saúde¹⁹⁰.

Nessa época, o ambiente constitucional era de forte rejeição à centralização imposta, autoritariamente, pelo regime militar. Por isso, associou-se descentralização com democratização e ampliaram-se os direitos sociais da cidadania, integrando-se, sob o conceito de seguridade social, a proteção de direitos individuais (previdência) à proteção de direitos coletivos (saúde e assistência social). Esse processo se fez por meio da descentralização de competências e de receitas tributárias para Estados e municípios. Na área da saúde houve, naquele momento, uma clara preferência pela municipalização, que viria como resposta aos anseios da reforma sanitária brasileira¹⁹¹.

A VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, quando foram lançadas as bases doutrinárias de um novo sistema público de saúde, teve desdobramentos imediatos num conjunto de trabalhos técnicos desenvolvidos pela Comissão Nacional de Reforma Sanitária, que serviriam de base à elaboração da Seção da Saúde da Constituição Federal de 1988. O relatório final da conferência colocou três grandes referenciais para a reforma

¹⁸⁸ CAMPOS, S. L. F. *A responsabilidade na gestão da saúde pública*. 2006. 86f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/cys/>>. Acesso em: 11 set. 2012.

¹⁸⁹ ALTH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. 2006. 458f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/cys/id:442278>>. Acesso em: 11 set. 2012.

¹⁹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *SUS: avanços e desafios*. Brasília: CONASS, 2006. p. 84.

¹⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *SUS: avanços e desafios*. Brasília: CONASS, 2006. p. 84-85.

sanitária brasileira: um conceito amplo de saúde; a saúde como direito da cidadania e dever do Estado; a instituição de um sistema único de saúde, organizado pelos princípios da universalidade, integralidade, da descentralização e da participação comunitária¹⁹².

O SUS, assim constituído, portador da aspiração da universalidade do acesso populacional e da integralidade da atenção, revela-se importante cenário de exercício dos direitos universais, apresentando instâncias de deliberação democrática, de caráter de negociação e participativo, no qual a concretização desses direitos torna-se viável por meio dos conselhos e conferências de saúde, espaço aberto legitimamente para essas ações democráticas¹⁹³.

Logo, o SUS é um sistema que pertence à rede pública de saúde e tem como finalidade prestar o acesso à saúde de forma gratuita a todos, independente de crença, cor, classe social, já que, todos têm o mesmo direito. Este sistema tem como atribuição garantir ao cidadão o acesso às ações e serviços públicos de saúde, conforme art. 200 da Constituição Federal de 1988 e leis específicas¹⁹⁴.

A Administração Pública está diretamente ligada à promoção e efetivação do direito à saúde. O Governo Federal, os estados, os municípios e a iniciativa privada, esta com participação de forma complementar, administram os serviços realizados pelo Sistema Único de Saúde, com objetivo de garantir a prestação de serviços gratuitos a todos os brasileiros¹⁹⁵.

A Lei nº. 8.080/90, no seu art. 5º, trata dos objetivos e atribuições do SUS. Estes objetivos e atribuições não deixam de ser aperfeiçoados por uma série de ações e serviços através de políticas sociais e econômicas, sempre com o intuito de alcançar a efetivação da

¹⁹² BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *SUS: avanços e desafios*. Brasília: CONASS, 2006. p. 85.

¹⁹³ BRASIL. *Lei no. 8142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação comunitária da gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 29 dez. 1990.

¹⁹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/l8080.htm>>. Acesso em: 11 set. 2012. Art. 200 - Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

¹⁹⁵ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 56-57.

saúde como meio para uma boa qualidade de vida, acatando o princípio da dignidade da pessoa humana imposta constitucionalmente¹⁹⁶.

Vale ressaltar que as ações e serviços do SUS são abrigados por princípios e, inerentes ao sistema, que devem ser respeitadas para que haja realmente a materialização do direito à saúde. Estes princípios inerentes ao sistema foram estabelecidos legalmente, assim havendo a necessidade de que o SUS seja exalado de forma a respeitá-los e, sobretudo, garantir à população o acesso a um serviço de saúde com qualidade, contribuindo para manter a qualidade de vida e de saúde a população¹⁹⁷.

Nesse contexto, a universalidade do atendimento presente no ordenamento jurídico brasileiro está relacionada à gratuidade no acesso aos serviços, independentemente de nacionalidade, classe social ou contribuição para o Fundo Nacional de Saúde, para aqueles que precisarem de um serviço de atendimento a saúde. Ou seja, tem por finalidade modificar as desigualdades na assistência à saúde de toda a população, e este atendimento público torna-se obrigatório a qualquer pessoa, sem nenhuma discriminação, proibindo a cobrança em dinheiro, seja qual for à hipótese¹⁹⁸.

Assim sendo, o princípio da universalidade nada mais é do que o acesso aos serviços e assistência à saúde para toda a população, mesmos os que gozam dos planos particulares de saúde tem os mesmos direitos garantidos constitucionalmente de serem assistidos pelo Sistema Único de Saúde, sem nenhuma distinção, ou discriminação.

Entretanto, quando a discussão é o financiamento desse direito social fundamental, pelo Estado, é preciso indagar se à saúde está sendo efetivada para todos ou apenas para alguns. Neste contexto:

[...] bastou fossem contemplados nas Constituições os denominados direitos sociais, especialmente a educação, a saúde, a assistência social, a previdência social, enfim, todos os direitos fundamentais que dependem, para sua efetividade, do aporte de

¹⁹⁶ BRASIL. *Lei n° 8.080/90, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/l8080.htm>>. Acesso em: 11 set. 2012. Art. 5° - São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: I – a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II – a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1° do art. 2° desta lei; III – a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

¹⁹⁷ NASCIMENTO, Paulo Roberto do. *Espaços de deliberação democrática no SUS e discussão sobre a universalidade de direitos*. 2006. 174 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/cys/ id: 442262>>. Acesso em: 11 set. 2012.

¹⁹⁸ NASCIMENTO, Paulo Roberto do. Op. cit.

recursos materiais e humanos, para que se começasse a questionar até mesmo a própria condição de direitos fundamentais destas posições jurídicas¹⁹⁹.

Isso porque até a Constituição Federal de 1988, a saúde não era reconhecida como um direito de todos, assim sendo, à responsabilidade pelo atendimento à saúde era de cada indivíduo e, as políticas econômicas e sociais desenvolvidas pelo Estado eram limitadas e focalizadas²⁰⁰.

Diante disso, não sendo a saúde considerada um direito de todos e nem alvo de políticas públicas, as pessoas que tinham como financiar a própria, procuravam o setor privado, já as que não dispunham de recursos, para tal, dependiam da caridade. Contudo, atualmente, a Constituição Federal de 1988 consolida a afirmação da saúde como direito de todos e dever do Estado, por conseguinte, o Estado é obrigado a garantir os recursos necessários para prover esse direito e gerenciar o sistema para que seja genuinamente efetivado o direito à saúde para todos²⁰¹.

No que tange ao financiamento do SUS, este está previsto em lei, tanto na Constituição Federal como na Lei Orgânica da Saúde, composto pelas leis federais 8.080 e 8.142 de 1990. A Constituição Federal, no que diz respeito ao financiamento da saúde, dispõe no seu art. 195, *in verbis*:

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre a aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar²⁰².

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Ingo%20Wolf>. Acesso em: 10 set. 2012.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² BRASIL. *Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/l8080.htm>>. Acesso em: 11 set. 2012.

A Lei nº. 8.142/90 trata especificamente da gestão do SUS, da transferência dos recursos para a saúde entre as esferas do governo, isto é, define em que devem ser investidos estes recursos. A referida lei dispõe sobre o Fundo Nacional de Saúde e diz como e onde os recursos desse fundo serão aplicados, impondo, que estes recursos só podem ser utilizados para financiar os custos próprios do Ministério da Saúde; os valores com ações previstas e, principalmente, os custos das transferências de recursos para os estados, o Distrito Federal e os municípios destinados às ações e serviços de saúde, compete a cada ente governamental assegurar o aporte regular de recursos ao respectivo fundo de saúde de acordo com a Emenda Constitucional nº. 29/00²⁰³.

Dessa maneira, a responsabilidade pelo financiamento do SUS, pertence às três esferas de governo, União, estados-membros e municípios. A Lei Orgânica da Saúde, por sua vez, prevê as fontes de financiamento, os percentuais a serem gastos em saúde, bem como, a forma de divisão e repasse dos recursos financeiros entre as esferas do governo. No seu art. 35, pode-se verificar um conjunto de critérios que devem ser avaliados quando da distribuição e repasse dos recursos públicos destinados à saúde.

A mesma lei, no seu art. 31, dispõe, *in verbis*:

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias²⁰⁴.

No entanto, é fato que o financiamento público na área da saúde atualmente é insuficiente em relação à abrangência da enorme demanda social do SUS, já que, conforme dados²⁰⁵, cerca de 70% da população brasileira depende única e exclusivamente deste para ter efetivado o seu direito à saúde. Tal fato pode, conseqüentemente, afetar todo o desenvolvimento e estrutura do SUS, colocando em risco a efetivação das políticas de gestão e atenção à saúde.

²⁰³ BRASIL. Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação comunitária da gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 29 dez. 1990. Acesso em: 11 set. 2012.

²⁰⁴ BRASIL. Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/18080.htm>>. Acesso em: 11 set. 2012.

²⁰⁵ O DENASUS (Departamento Nacional de Auditoria do SUS) realizou, em 2009, auditoria em todos os Estados do país a fim de verificar a aplicação dos recursos destinados a saúde com verbas do governo federal dos anos 2006, 2007 e primeiro semestre de 2009. Disponível em: <<http://www.ceap-rs.org.br/>>. Acesso em: 11 set. 2012.

Por fim, vale ressaltar que a proposta de financiamento da saúde prevista constitucionalmente e na Lei Orgânica da Saúde, nem sempre é cumprida na sua íntegra pelos entes estatais responsáveis, pelos gestores de saúde e que, conseqüentemente, o setor sofre graves problemas financeiros, decorrendo daí a intervenção do Judiciário na efetividade do direito à saúde.

3. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

A questão a ser debatida no presente capítulo gira em torno da intervenção do Judiciário na efetividade do direito social à saúde, sendo que a saúde é direito de todos e não apenas de um indivíduo em particular.

Nesta seara, destaca-se ainda a possibilidade do Poder Judiciário estar intervindo na competência dos demais poderes Executivo e Legislativo no que tange às suas competências e responsabilidades.

Não bastasse haver tal possibilidade de “invasão de poderes”, a questão da judicialização da saúde apresenta, ainda, a prática verificada nos tribunais, ao ser levada em consideração a dificuldade do julgador em decidir, por exemplo, a respeito de um pedido de fornecimento de medicamento, pois, ao mesmo tempo em que não seria de sua competência implantar políticas públicas, deve fazer cumprir um direito assegurado constitucionalmente.

Diante disso e para uma discussão ordenada acerca da intervenção do Judiciário na efetividade do direito à saúde, frise-se um direito social, tem-se, primeiramente, a questão da judicialização das relações sociais e políticas na área da saúde.

3.1. A judicialização das relações sociais e políticas

No Brasil, o termo judicialização passou a ser utilizado quando da análise de ações de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), diante do pouco ativismo dos ministros^{206, 207}.

O termo judicialização é empregado para descrever as transformações constitucionais pós-88, que permitiram o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos

²⁰⁶ CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, 1997.

²⁰⁷ TEIXEIRA, Ariosto. *A judicialização da política no Brasil (1990-1996)*. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – UnB, Brasília, 1997.

instrumentos de proteção judicial e que teriam sido descobertas por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais²⁰⁸.

No entanto, o termo alcançou o debate público e, com isso, multiplicaram-se os seus usos e sentidos, tornados às vezes contraditórios. De um modo geral, o termo é utilizado em sentido normativo, tanto em relação ao papel atual dos agentes do sistema judicial, assim como em relação a propostas sobre a extensão adequada do seu papel na democracia brasileira²⁰⁹.

Diante de tantos usos e sentido, tem-se que os juristas usam o termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente²¹⁰.

A judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, referindo-se a decisões particulares de tribunais, cujo conteúdo o analista consideraria político ou referente a decisões privadas dos cidadãos (como questões de família) ou, ainda, o termo pode ser usado para decisões que não são propriamente judiciais como no caso da verticalização das coligações políticas decidida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por exemplo.

O termo judicialização recebe um sentido de processo social e político quando é usado para se referir à expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda referente ao aumento do número de processos nos tribunais²¹¹.

O fenômeno da judicialização das relações sociais está efetivamente ocorrendo e o direito tem realmente influído na vida social das pessoas. São vários os exemplos em que essa situação se verifica, como nos casos de mulheres que são agredidas pelos companheiros e crianças em situação de risco. Pôr evidente que o direito deve regular essas relações, até mesmo em defesa da dignidade da pessoa humana²¹².

O termo aplica-se não só à ação dos juízes, mas também aos profissionais de outras carreiras judiciais (especialmente os membros do Ministério Público), que seriam os responsáveis pela judicialização da política, por utilizar “excessivamente” suas atribuições para levar os conflitos à justiça, ou para resolvê-los extrajudicialmente, tendo a lei e sua experiência como referência. A expressão também faz parte do repertório das ações de grupos

²⁰⁸ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro. Editora Revan, 1999. p. 62.

²⁰⁹ Ibidem, p. 62-63.

²¹⁰ Ibidem, p. 62-63.

²¹¹ BACELLAR, Roberto Portugal. O poder paralelo e o Judiciário. Quando a Justiça falha, a violência não tarda. *Novos Rumos*. Órgão Oficial da Associação dos Magistrados do Paraná, n. 76, p. 2, 2002.

²¹² Ibidem, p. 2.

que defendem o recurso das arenas judiciais para ampliar a proteção estatal à efetividade de direitos de grupos discriminados ou excluídos²¹³.

A judicialização é, portanto, tomada como um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança na organização do Judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais²¹⁴.

Sendo assim, tem-se que a expansão do Judiciário pode ser interpretada em sentido sistêmico, em que a judicialização implicaria risco de perda das diferenciações funcionais entre os subsistemas do direito²¹⁵ e, assim, embaralhados os subsistemas, seus agentes, modos de decisão e linguagens perderiam seu caráter próprio, o que indicaria uma tendência social crítica, o que resultaria na “judicialização do Estado” ou “judicialização do país”²¹⁶.

No que se referem às causas do processo de judicialização, estas podem ser atribuídas à ação do legislador, constituinte ou ordinário, ao governo federal, aos agentes políticos, grupos oposicionistas ou de associações²¹⁷.

Há também referências aos macroprocessos de mudança social que teriam embaralhado as relações entre direito, política e sociedade e, indo mais além, à atenção do próprio Poder Judiciário, com suas atribuições, práticas e cultura de seus agentes ou, ainda, à legislação defasada²¹⁸.

Aqui, tem-se que o Direito tem invadido todas as relações políticas e sociais e o aplicador, ou seja, o Poder Judiciário acaba sendo chamado a intervir a todo o momento e isto se deve ao fato do Direito, no mundo contemporâneo, ter alcançado todas as relações sociais.

O Estado, portanto, regula as relações, ditando normas de conduta no intuito de proteger situações tais como:

(...) mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente, passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos -, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito na

²¹³ Ibidem, p. 2.

²¹⁴ Ibidem, p. 2.

²¹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo versus governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 30, 2000.

²¹⁶ MELO, André Luís Alves de. A judicialização do Estado brasileiro, um caminho antidemocrático e monopolista. Teresina. *Jus Navigandi*, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2408>>. Acesso em: 04 out. 2012.

²¹⁷ FARIA, José Eduardo. O Supremo e a judicialização da política. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 6 nov. 1999.

²¹⁸ REALE, Miguel. Um brasileiro do século. Entrevista. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 4 nov. 2000.

organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais²¹⁹.

Nesse contexto, tem-se que o Estado normatiza tudo o que pode, desde a educação dos filhos, passando pela linguagem que deve ser usada (como no caso de preconceito racial, quando o Estado dita quais expressões podem ou não ser usadas, por exemplo, afrodescendente e não negro, face ao tom pejorativo), até situações íntimas e de natureza individual, como a homossexualidade, ao permitir ou não a consagração da união civil e tudo isto se dá no intuito de exercer uma ação pedagógica para o bem comum ao buscar-se induzir a sociabilidade, aproximando os indivíduos do Estado para convertê-los em cidadãos.

Tal conversão de indivíduos do Estado em cidadãos ativos e conscientes se deve, principalmente, ao processo de transição democrática entre os anos 1980 e 1990, que caracterizou um Brasil “sem cultura cívica, sem vida associativa enraizada, sem partidos de massa e, mais grave ainda, sem normas e instituições confiáveis para a garantia da reprodução de um sistema democrático”²²⁰.

Assim, a “incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça”²²¹ fez cair no Judiciário a esperança da concretização da democracia e da cidadania que se espera da recente história democrática brasileira.

Nesse âmbito, enquanto o Legislativo perde espaço na função legislativa para o Executivo este, por sua vez, deixa de lado as funções de administração do bem-estar, “sendo progressivamente alçado à condição de uma agência tecnoburocrática que responde, de forma contingente e arbitrária, às variações da imediata conjuntura econômica”²²².

Na realidade, verifica-se que a cláusula da separação de poderes nunca se justificou por si, sempre teve um caráter instrumental com relação à efetivação dos direitos fundamentais. Por isso, que, em um primeiro momento, revelou-se necessária a adoção de uma interpretação mais rígida, já que a preocupação central era com os direitos de defesa. Contudo, quando da inserção dos direitos de segunda dimensão aos direitos fundamentais, tornou-se necessária a adequação da noção de separação dos poderes enquanto distribuição dos poderes, no sentido de adequá-los às peculiaridades dos direitos sociais, os quais exigem uma atuação mais ativa e complexa do Estado, preservando-se, assim, a lógica que sempre

²¹⁹ VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização das relações sociais. In: VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. p. 149.

²²⁰ Ibidem, p. 153.

²²¹ Ibidem, p. 149.

²²² Ibidem, p. 151.

esteve presente por detrás da referida cláusula: o princípio da separação de poderes serve aos direitos fundamentais, e não o contrário²²³.

Dessa forma, vê-se que “são amplos os espaços de interseção e fricção entre o Judiciário e os outros dois Poderes, havendo uma dinâmica própria e pendular nessas interações”²²⁴.

Assim, diante da aparente ausência de Estado ou de outras formas de regulação social, coube ao Judiciário o papel de regulador social e de agente ativo no que se refere a pôr em prática as normas editadas pelo Estado no intuito de controlar seus cidadãos e, para isto, o Poder Judiciário tem adotado medidas com a finalidade de distribuir justiça a todos e em tempo²²⁵.

Tem-se aqui, então, a visão positiva da judicialização: ao buscar preencher as lacunas deixadas pelo Poder Público, o Poder Judiciário intervém nas relações entre Estado e cidadão, a fim de garantir ao cidadão, parte menos favorecida na relação, que o Estado cumpra com seu dever que lhe fora imposto constitucionalmente²²⁶.

Frente a isso, é fato que a morosidade assombra o Judiciário e que, neste sentido, uma de suas medidas mais efetivas tem se dado na área processual, por meio de uma redução das formalidades, como é o caso dos Juizados Especiais. Por outro lado, a criação desses meios para assumir a posição de disseminador da democracia abriu a possibilidade de preenchimento do vazio que havia e, de uma hora para outra, todos tinham, de fato, acesso à cidadania. “[...] pela primeira vez, na história do país, os pobres teriam acesso à Justiça”²²⁷.

O que isso quer dizer é que, com a judicialização das relações políticas e sociais passou-se a estender os direitos às grandes massas, ao fazer com que o Judiciário alcance a solução de conflitos de modo célere e evitar o longo andamento dos processos.

A complexidade da sociedade moderna gera, também, um grande número de demandas de massa e esta hipercomplexidade característica do mundo pós-moderno gera a especialização. No caso do Poder Judiciário que, para acompanhar a ampliação do Direito e da sociedade, tem expandido seus segmentos especializados como o direito do trabalho, direito de família, justiça agrária, tribunais especializados em demandas do consumidor, isto não é diferente.

²²³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 215.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 386.

²²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 115.

²²⁶ Ibidem, p. 115.

²²⁷ VIANNA, Luiz Werneck. Op. cit., p. 154.

Assim, o fenômeno da judicialização surge como uma procedimentalização do Direito e também como uma ampliação dos instrumentos judiciais no âmbito da arena pública com o objetivo de propiciar a formação da opinião e o acesso do cidadão à agenda das instituições políticas e sociais como, por exemplo, a saúde.

3.2. A concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário: limites e possibilidades

A Constituição Federal de 1988, conforme já estudado, estabeleceu os fundamentos do direito à saúde no Brasil, garantindo o acesso universal e integral às ações de saúde a serem promovidas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

Dessa forma, a Constituição de 1988 declara expressamente o compromisso do Estado em propiciar a toda população um acesso pleno e igualitário à saúde.

Além disso, a própria Constituição Federal traçou diretriz a ser seguido pelo poder público para garantir a concretização e cumprimento do art. 196, segundo expresso nos incisos I a III do artigo 198:

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:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade²²⁸.

Assim, o princípio básico da saúde faz parte do rol de direitos sociais e fundamentais, além de representar a sobrevalorização das medidas preventivas, todavia, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Para tanto, o Estado instituiu entidades públicas, criando mecanismos de cooperação entre estas e o setor privado, visando uma execução de suas políticas voltadas à garantia da saúde de maneira mais igualitária e universal observada as diferenças regionais e sociais existentes no país.

Ademais, no que se refere às competências dos entes federados, a Constituição Federal informa a competência comum de todos estes para cuidar da saúde, e, acima de tudo, prestar atendimento à população.

²²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/l8080.htm>>. Acesso em: 11 set. 2012.

Aqui, é possível observar que são inúmeras as regras constitucionais que diretamente tratam sobre a saúde, contudo, sem apresentarem eficácia imediata e plena, independentemente de ações judiciais ou mesmo que administrativas, para que possa os cidadãos alcançar a consolidação de um direito tão superior que lhes foi conferido.

Todavia, há de ser evidenciado que a respeitável Lei Maior ditou o que é necessário para que cada ser humano viva adequadamente, mas não explicou como haveria de ser procedido para que fosse possível assegurar aos bilhões de brasileiros sua considerável lista de beneplácitos²²⁹.

Nesse mesmo sentido, ainda que existam normas constitucionais e infraconstitucionais que visam à concretização dos direitos à saúde, sabe-se que, infelizmente, nem sempre, ou quase nunca, a aplicabilidade das normas existentes se dá conforme expresso em tais normas. Um bom exemplo disto é o sistema de saúde adotado no Brasil, carente em seus atendimentos, cumprimento das diretrizes traçadas e ainda na prestação da assistência farmacêutica devida que, por sua vez, é a causa mais frequente da busca pela atuação do Judiciário na área da saúde.

Assim,

Esta consagração dos direitos sociais no texto constitucional, contudo, gerou uma contradição com a realidade social, na medida em que séculos de negligência estatal criaram um enorme contingente de marginalizados, que exigem cada vez mais políticas e serviços públicos, ao passo que os administradores não são capazes de dar efetividade ao texto constitucional e fazer frente a essa demanda por direitos²³⁰.

Diante disso, na busca da concretização do direito à saúde um dos mecanismos criados de legislação infraconstitucional é a Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990 que, conforme mencionada no capítulo 2, item 2.3 do presente estudo, é conhecida como Lei Orgânica da Saúde, criada a fim de regularizar os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal, instituindo o Sistema Único de Saúde e dispondo sobre suas características, custeio entre outros. Seu artigo 2º, *caput* e §1º ratifica o dever do Estado em promover a devida assistência à saúde:

²²⁹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. *BDJur*, Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça. 2008. 57p. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16694>>. Acesso em: 08 out. 2012.

²³⁰ FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, a. 1, n. 1, p. 91-126, 2003.

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

§1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação²³¹.

Conforme o texto da lei acima citada, ainda que seja consolidado o dever do Estado em prover a assistência integral à saúde, a lei solidariza esta responsabilidade com as demais pessoas, empresas, família e sociedade em geral, segundo disposto no §2º do mencionado artigo.

Assim sendo, a Lei nº. 8.080/90 reforça que: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” Seu artigo 6º, inciso I, alínea "d", expressamente inclui, como parte desse atendimento, a execução de ações "de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica"²³².

Ainda nesse sentido,

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo²³³.

Tem-se então que, assim como traz a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional preocupou-se em consolidar ainda mais o direito à saúde, disciplinando sua maneira de execução e ressaltando a responsabilidade do Poder Público por tal efetivação, não restando dúvidas que o dever de assistência do Estado engloba todas as ações preventivas e paliativas em relação à saúde, inclusive com o fornecimento gratuito das terapias medicamentosas indicadas até total restabelecimento do cidadão enfermo.

A importância de dispositivos como a Lei nº. 8.080/90 está no fato de que, como já mencionado, os direitos constitucionais fundamentais, especialmente o direito à saúde, encontram atualmente sérias dificuldades em relação a sua efetividade e consolidação diante da não atuação necessária do Poder Público o que leva à discussão acerca dos limites e das

²³¹ BRASIL. *Lei nº 8.080 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 União, Brasília, 1990, p. 01.

²³² Ibidem, p. 02.

²³³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 402.

possibilidades da atuação do Poder Judiciário nos casos de omissão do Estado em garantir o direito à saúde, dentre estes, a ilegitimidade passiva e os princípios da legalidade e separação dos poderes.

3.2.1. Da ilegitimidade passiva

Ainda que, conforme vem sendo estudado, a saúde esteja garantida como direito fundamental constitucionalmente, a judicialização de tal direito revela as inúmeras tentativas do Estado para afastar suas responsabilidades e, assim, não figurar como réu nas ações de tutelas de saúde.

A razão disso está no entendimento que o ente público adota, por meio de uma interpretação estreita, que a Constituição Brasileira não lhe conferiu legitimidade ou obrigação solidária e integral quanto à prestação da saúde ao defender, igualmente e com base nas regras estabelecidas na Lei nº. 8.080/90, que se trata de entidade responsável apenas pela gestão e financiamento do SUS, mas não a executora de suas atividades.

Nesse sentido, o texto dos artigos que compõem a Seção II do Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, em especial os arts. 196, 197 e 198 não deixam dúvida de que a União Federal, juntamente com Estados, o Distrito Federal e os Municípios, são responsáveis, de forma solidária, por assegurar o direito de todos à saúde.

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

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

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:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade²³⁴.

²³⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/l8080.htm>>. Acesso em: 11 set. 2012.

Os artigos acima expostos não se referem, portanto, a normas meramente programáticas, uma vez que, no tocante à saúde pública, as garantias que implicam a preservação da vida são autoaplicáveis. Além disso, não se pode apegar, de forma rígida, à leitura fria da norma e sim, considerá-la, levando-se em consideração a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

Há direitos em que se trata de proteger, direta e essencialmente, a pessoa enquanto tal, a pessoa singular, o indivíduo, nos atributos caracterizadores da sua personalidade moral e física. São os direitos que sempre se encontrariam, ainda que, por hipótese, não se constituíssem laços perduráveis de convivência social e apenas se desse a coexistência de pessoas separadas²³⁵.

Assim, a efetivação dos direitos fundamentais merece absoluta prioridade, que obriga todas as esferas de governo a atuarem de forma solidária. Isto porque o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Logo, o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Dessa maneira, é certo que a competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme adverte o art. 23, II, da Constituição Federal, transparece a obrigação de a União providenciar integralmente a tutela adequada do direito à saúde. Como consequência, eventuais implicações decorrentes da predominância do interesse geral, regional ou local, uma vez que são de competência comum dos entes públicos, é resolvido através da descentralização do serviço de saúde, o que não afasta a obrigação solidária e subsidiária na prestação do direito²³⁶.

A norma constitucional prevista no art. 23, em sintonia com o art. 196, pressupõe a legitimidade da União, Estados, Município e Distrito Federal para zelar pela saúde e pela assistência pública geral, sem distinguir a obrigação ante questões que poderiam tangenciar a divisão de tarefas, ao modo de execução do serviço ou à gestão específica do orçamento²³⁷.

²³⁵ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 90-91.

²³⁶ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 271.

²³⁷ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 271-272.

Aqui vale a ressalva de que uma norma jurídica não se limita a seu texto, mas envolve um programa - o texto e suas determinantes gerais de aplicação - e um âmbito - este identificado, empiricamente, no mundo real em que se aplica. Sua concreção depende da identificação e orientação de ambos - programa e âmbito da norma²³⁸.

Nesse caso, ao referir-se ao SUS, o art. 4º. da Lei nº. 8.080/90 determina que o conjunto de ações e serviços de saúde será prestado, em conjunto, por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, pela administração direta e indireta e pelas fundações mantidas pelo Poder Público, constituindo um sistema²³⁹.

Por sua vez, os arts. 16, 17 e 18 da Lei nº. 8.080/90, ao disporem sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e outras providências, distribuíram, tão somente, as tarefas executivas da direção nacional, estadual e regional do SUS discriminando, assim, a organização do sistema de cooperação administrativa das três esferas estatais, em suas órbitas nacional, regional e local, a qual principia uma ação integrada na solução (ou parte dela) dos problemas de saúde que atingem, principalmente, as camadas mais pobres da população e isto significa a repartição de serviços que, por sua vez, não é sinônimo de repartição de competências ou da obrigação comum de zelar pela guarda da saúde como garantia constitucional²⁴⁰.

Em síntese, o fato de a descentralização ser um dos princípios norteadores do SUS, não exime a União Federal da legitimidade e da responsabilidade que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, tão somente, com base em uma divisão de atribuições administrativas, como é dado pela Lei nº. 8.080/90. Além disso, tal responsabilidade não gera litisconsórcio passivo necessário entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, seja pelo fato de que a satisfação do direito à saúde pode ser requerida e realizada individualmente pelos entes que compõem a Federação, seja pelo fato de que não há disposição legal que obrigue a presença de todos os entes no litígio.

No entanto, cabe ressaltar que a responsabilidade direta pelo fornecimento do medicamento não retira a legitimidade passiva dos demais, os quais, no caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação por parte do primeiro, deverão cumpri-la em caráter subsidiário e solidário.

²³⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 84.

²³⁹ BORGES, Felipe Dezorzi. A legitimidade passiva da União para as ações de tutelas de saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2969, 18 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19796>>. Acesso em: 08 out. 2012.

²⁴⁰ Ibidem.

A tese da ilegitimidade passiva é, portanto, levada a efeito pela União Federal nas lides em que é demandada estabelecendo relação com as ingerências orçamentárias do ente público, do que decorre alusão indireta à suposta ofensa ao princípio da reserva do possível.

A reserva do possível é um princípio oriundo do direito alemão, o qual elaborou essa teoria no sentido de que o indivíduo só poderia postular do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, uma vez atendidos os requisitos para tanto. No Brasil, a administração pública tem dado nova roupagem ao princípio, aliando-o às suas dificuldades orçamentárias, quando é certo que o princípio da reserva do possível é uma garantia de que, no mínimo, o cidadão já tenha assegurado direitos mínimos para uma vida digna, para que possa o Estado demandar limite ao exercício de direitos²⁴¹.

Nesse sentido, embora o presente estudo não tenha discutido de maneira aprofundada o princípio da reserva do possível, vale ressaltar que o Estado tem o ônus de provar os motivos para não cumprir uma prestação a um direito social, alegando a reserva do possível que, apesar de ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, tem sido adotada como discurso de defesa em juízo por parte do Poder Público, sem que este apresente elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial²⁴².

Justamente por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento defensivo da reserva do possível devem ser sempre analisadas cuidadosamente, o que significa não bastar simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial e, sim, demonstrar tal impossibilidade²⁴³.

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, ressaltando-se, aqui, que o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público, ou seja, é ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental²⁴⁴.

²⁴¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível*. Leituras Complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 349-395.

²⁴² MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 79.

²⁴³ *Ibidem*, p. 79

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 79

Quanto à crise de gestão orçamentária acima mencionada, ainda que esta possa realmente implicar alguma espécie de sobrecarregamento das condições procedimentais de legitimação de normatizações, cabe à advertência de que:

A partir do momento em que se criam políticas que não obedecem mais às condições da gênese democrática do direito, perdem-se os critérios que permitiriam avaliá-las normativamente. Pois, na implantação de tais programas, entram medidas de efetividade capazes de medir o emprego do poder administrativo, as quais substituem medidas de legitimidade da regulação jurídica. De fato, esse perigo parece crescer quando as tarefas do Estado se ampliam. A partir desse momento, o direito instrumentalizado para fins políticos, é açambarcado por um sistema administrativo independente e degradado à condição de meio entre outros meios aptos a resolver unicamente problemas de integração funcional²⁴⁵.

Logo, a questão tocante à responsabilidade solidária do sistema nacional de saúde não se refere ao custeio ou previsão orçamentária, mas ao melhor gerenciamento da verba pública e ao efetivo atendimento da população carente.

Ademais, em se tratando de direito à saúde, impera a prevalência da essencialidade do direito sobre os interesses financeiros do Estado. Da mesma maneira, o entendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais como direitos originários implica uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema de sua efetivação. Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma "reserva possível", para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais dos "recursos econômicos", a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples apelo ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos (conforme artigos 2.º, 9.º /d, 80.º, 81.º)²⁴⁶.

As normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais implicam, além disso, uma interpretação das normas legais de modo conforme com a "constituição social, econômica e cultural" [...]. Por outro lado, a inércia do Estado quanto à criação de condições de efetivação pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão (artigo 283.º), considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a

²⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 1997. p. 171-172.

²⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 468.

realização do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida²⁴⁷.

Portanto, é obrigação do Estado, enquanto União, Estados, Municípios e Distrito Federal, assegurar à população desprovida de recursos financeiros acesso ao tratamento médico, internação hospitalar e medicação necessária para a cura doenças, em especial as mais graves, sem que isso implique divisão de obrigações ou competências entre os mesmos.

3.2.2. Os princípios da legalidade e da separação dos poderes

O princípio da legalidade, assim como a separação dos poderes, tem suas raízes na Revolução Francesa, emergindo na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso II e no art. 37, *caput*, referindo-se, essencialmente, ao direito do indivíduo a fazer tudo o que a lei não proíbe, ao passo que o disposto no art. 37 se impõe como um dever da administração pública, de submissão à lei, ou por outras palavras, a fazer somente o que a lei permite.

A legalidade refere-se ao “fato de o Estado ser o maior produtor do direito não significa que tenha o poder de desrespeitá-lo, ao contrário enquanto a lei estiver em vigor cabe ao Estado observar seu fiel cumprimento”²⁴⁸.

O princípio da legalidade é um fator determinante para que o Estado garanta a cada cidadão uma atuação administrativa justa e igualitária, ou seja, “os cidadãos podem fazer tudo o que a lei não proíbe, movem-se no campo da licitude. O Estado, ao contrário, só pode fazer aquilo que a lei permite”²⁴⁹.

O princípio da legalidade desdobra-se em dois outros princípios: a precedência de lei e a reserva de lei.

O princípio da precedência ou superioridade de lei significa que a administração pública, ao executar todos os seus atos, deve estar em consonância com a lei, sendo esta superior aos atos administrativos, regulamentos e outros. E, de outro ponto, o princípio da reserva de lei, se traduz na existência prévia de uma norma jurídica para a sua prática²⁵⁰.

²⁴⁷ Ibidem, p. 468-469.

²⁴⁸ CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. v. 1. 5 ed. Lisboa, 2000. p. 46.

²⁴⁹ Ibidem, p. 46.

²⁵⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coleção teses. Coimbra: Editora Almedina, Coimbra, 1987. p. 755.

A reserva de lei, portanto, ocorre quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas, enquanto que o princípio da legalidade se firma como verdadeiro fundamento da ação administrativa, ou seja, o princípio da legalidade deixa de ser apenas um delimitador da ação administrativa e passa a compor obrigatoriamente a própria ação administrativa.

Nesse sentido:

Hoje em dia, pelo contrário, a regra geral não é esse princípio de liberdade, mas sim o princípio da competência, o que significa que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei lhe permitir que faça. Assim, o princípio da legalidade é agora, não apenas um limite da ação administrativa, mas também o seu verdadeiro fundamento, só podendo a Administração Pública agir 'se e na medida em que a norma jurídica lhe permitir'²⁵¹.

Tem-se aqui que o objetivo do Estado Administração na área da saúde deverá ter como norte a submissão à lei. Logo, cumpre aos que executam o serviço público a mesma obediência ao princípio da legalidade. Ou seja, o funcionário público está:

Em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso²⁵².

O que as palavras acima querem dizer é que o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, universalidade e igualdade, garantido a todos os cidadãos estão em igualdade de condições no que se refere ao acesso às ações e serviços de saúde.

O princípio da legalidade obriga o exercício da função pública administrativa com eficiência, buscando sempre atender a necessidade individual e coletiva de bem estar devendo, por isso, ser aplicado não como um princípio único, mas numa visão mais ampliada, associando sempre a este os demais componentes que estruturam o atual Estado Social de Direito.

Assim, “além de atender à legalidade, o ato do administrador público deve conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativa para dar plena legitimidade à sua atuação”²⁵³.

²⁵¹ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 176.

²⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editores Malheiros, 2001. p. 82.

²⁵³ *Ibidem*, p. 83.

Neste sentido, vale o posicionamento da doutrina mais recente, que amplia o princípio da legalidade, passando a tratá-lo como um princípio de justiça.

Como ressaltado por Garcia de Enterría, “quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (*dura lex, sed lex*), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem “dentro da constituição” e especialmente de acordo com sua “ordem de valores” que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atendem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais”²⁵⁴.

Logo, quando o legislador constituinte originário determinou que a Administração Pública devesse obediência ao princípio da moralidade e eficiência afirmou, por outras palavras, que não basta apenas a submissão à lei, mas a busca da conformação entre o direito e a moral.

Já no que se refere à separação de poderes, segundo a Constituição da República, em seu artigo 2º, existem os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo estes independentes e harmônicos entre si.

Nesse sentido, o princípio da separação dos poderes é considerado cláusula pétrea no atual ordenamento jurídico, não podendo ser modificado por emenda constitucional, conforme dispõe o artigo 60, parágrafo 4º, inciso III da Constituição Federal²⁵⁵.

A teoria da separação dos poderes foi desenvolvida por Montesquieu, na obra o “Espírito das Leis”, que tinha como objetivos principais dar proteção à liberdade individual e aumentar a eficiência do Estado, dividindo, assim, suas funções.

Vale ressaltar que a separação de cada poder não é absoluta, tendo em vista que, na verdade, todos os poderes legislam, administram e julgam. Assim, fala-se em função típica e atípica de cada poder, sendo função típica aquela exercida preponderantemente, enquanto a atípica é exercida secundariamente²⁵⁶.

Os poderes, então, são autônomos, mas harmônicos entre si, devendo haver colaboração e controle recíproco, a fim de evitar distorções e desmandos. Além disso, sempre haverá desarmonia se forem acrescentadas atribuições, faculdades e prerrogativas de um Poder em detrimento de outro.

²⁵⁴ GARCIA de Enterría apud MORAES, Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 74.

²⁵⁵ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III – a separação dos Poderes [...].

²⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 110.

Atualmente, o princípio da separação dos poderes não é mais absoluto, havendo a possibilidade, portanto, de um poder intervir na competência do outro, em caso de omissão, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais, como o direito à saúde.

Aqui, vale mencionar o que seria o sistema de freios e contrapesos. Nesse contexto, a divisão de funções entre os órgãos do poder e sua independência não é absoluta. Logo, o sistema de freios e contrapesos refere que se deve buscar o equilíbrio necessário para o bem da coletividade e que a característica principal do mecanismo de freios e contrapesos é a harmonia entre os poderes²⁵⁷.

Dessa maneira, uma vez que o que deve ser priorizado é a garantia do direito fundamental, o direito à saúde necessita de máxima eficácia, tendo em vista a ocorrência de impotência do já mencionado artigo 196 da Constituição da República.

Portanto, “a saúde seria um problema do Executivo, pois cabe a ele controlar as verbas. Assim, somente este poder teria competência para resolução de problemas referentes à saúde”²⁵⁸.

No entanto, deve-se levar em conta que “a questão da saúde é muito complexa para que se restrinja a um único agente resolutivo, tendo todos os poderes responsabilidade na área, não podendo se eximir dessa obrigação”²⁵⁹.

Caberá, portanto, ao Judiciário a função de corrigir as eventuais desigualdades ocorridas no direito postulado, verificando a insuficiência ou até ausência de políticas públicas. No entanto, para que isso seja possível, é necessário que a atuação judicial se dê de forma secundária, ou seja, primeiramente deve o cidadão buscar seu direito à saúde pela via administrativa e, somente com a negativa, é que deve recorrer à via judicial²⁶⁰.

Desse modo, não cumprindo o Poder Executivo com o seu papel de garantidor, seja por ausência de recursos, seja por falta de políticas públicas, é evidente a possibilidade de se recorrer ao Judiciário a fim de efetivar um direito fundamental.

Além disso, a atuação judicial poderia servir para desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, pode-se exigir por meio de sua atuação que as autoridades cumpram seus deveres e que tomem atitudes²⁶¹.

²⁵⁷ Ibidem, p. 110-111.

²⁵⁸ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 158.

²⁵⁹ Ibidem, p. 158.

²⁶⁰ Ibidem, p. 162.

²⁶¹ Ibidem, p. 164.

Um bom exemplo disso foi referente ao tratamento das pessoas com AIDS, caso emblemático na história do Brasil, no que tange a fornecimento de medicamentos, que será discutido no capítulo 4 do presente estudo, os ganhos judiciais propiciaram resposta legislativa com a criação da Lei nº. 9313/96, que determinou o fornecimento obrigatório e gratuito pelo SUS de medicamentos a todos os portadores do vírus HIV²⁶².

Assim, considera-se como atividade própria do Poder Judiciário outorgar tutela a quem requer, sendo fundamental sua intervenção, garantindo a todos acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica. É por essa razão que não se pode falar em ruptura do princípio da harmonia, tampouco da independência entre os poderes.

A intervenção jurisdicional quanto aos direitos fundamentais é essencial, tendo em vista que não se estaria invadindo competência de outro Poder, mas apenas reconhecendo que os outros não estão tutelando os interesses do demandante, sendo, portanto, obrigado a recorrer à via jurisdicional²⁶³.

Dessa forma, a procura pelo Judiciário na área da saúde faz com que este desempenhe um papel de correção da gestão da política pública, que têm deficiências, sendo, muitas vezes, a única via para proteção do direito à vida, à saúde e à dignidade²⁶⁴.

Possibilitar o acesso do Judiciário a essas questões é uma necessidade que se impõe na atualidade e que, em certo grau, decorre da própria crise de representatividade enfrentada pelas instituições democráticas.

Por fim, não se pode falar em vida digna sem saúde. Portanto, cabe ao Poder Judiciário dar efetivação ao direito à saúde, quando houver omissão ou descumprimento por parte dos demais poderes.

3.3. O direito à saúde tratado como direito individual no Estado Democrático de Direito

Com base no estudo até então percorrido, a questão da saúde no Brasil, principalmente no que se refere aos administradores e operadores do direito parece não

²⁶² PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul/dez 2008, p. 161.

²⁶³ SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 164.

²⁶⁴ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez. 2008, p. 235.

conduzir a situação para um equacionamento adequado da questão a ponto de se assegurarem os direitos previstos pela Constituição Federal ao mesmo tempo em que se efetivam as limitações orçamentárias.

Assim, embora seja fato que em um país de dimensões continentais os contrastes, até mesmo em regiões muito próximas, dentro de uma mesma unidade da federação, dificultem uma atenção uniforme a problemas dessa magnitude, a discussão, a informação, o debate e a definição de propostas de abordagem do problema, certamente levarão a uma melhoria na qualidade de atenção à saúde em todo o país.

Além disso, é preciso que se interrompam as interpretações divergentes da Constituição e das normas infraconstitucionais que, de um lado, chegam a negar vigência aos dispositivos, seja por falta de regulamentação ou porque o excessivo reconhecimento de prestações poderia inviabilizar o orçamento do Estado. Sendo que, de fato, quase o inviabilizam, fazendo concessões de necessidade e efetividade discutíveis com base em uma interpretação apressada da universalidade e da integralidade constitucional o direito à saúde.

Nesse contexto, sabe-se que o direito à saúde marca a trajetória dos direitos fundamentais desde os direitos individuais até os direitos sociais. Assim sendo, a saúde, definida como direito, deve inevitavelmente conter aspectos sociais e individuais.

No tocante aos seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade. É claro que enquanto direito social, a saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado. Apenas o Estado que tiver o seu direito ao desenvolvimento reconhecido poderá garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo²⁶⁵.

Já no que se refere ao aspecto individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção. As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de

²⁶⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. Op. cit., p. 61.

trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão entre outros. Note-se, porém, que ainda sob a ótica individual o direito à saúde implica a liberdade do profissional de saúde para determinar o tratamento. Ele deve, portanto, poder escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada. É óbvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento²⁶⁶.

Assim, de forma a respeitar e manter a força normativa da Constituição e, por conseguinte, garantir sua existência legítima, forte e capaz de normatizar a realidade social, impõe-se o devido respeito e a busca pela máxima eficácia dos direitos fundamentais, dentre eles o direito de proteção à saúde. Cumpre, assim, ao Estado, entendido em sentido amplo, tornar viável tal efetivação, através da promoção dos meios necessários para tanto, bem como a todos os indivíduos de forma igualitária e não a beneficiar alguns em detrimento a outros.

Na verdade, a questão da saúde no Brasil torna-se complexa, uma vez que se refere à problemática de um direito social que atinge toda a população. A análise não se adstringe, dessa forma, à simples realização do direito da pessoa necessitada, mas das implicações, para a sociedade como um todo, incluindo-se a questão organizacional e orçamentária do Estado decorrentes da concessão judicial dos medicamentos o para a garantia da saúde de alguém²⁶⁷.

Nesse contexto, o Estado deverá atuar a fim de evitar o tratamento desigual e em respeito ao que preceitua a Constituição Federal, por meio das políticas públicas na área da saúde, prevendo, no orçamento, investimentos em hospitais com atendimento gratuito e universal; distribuição “sem ônus” de medicamentos à população; medicina familiar e preventiva; campanhas de vacinação; campanhas publicitárias informativas; e combate a epidemias e endemias, quando necessário, entre outros. Percebe-se que há ação por parte do Estado no sentido de efetivar a garantia constitucional em tela, todavia, não se pode duvidar que o esforço estatal não fosse suficiente para atender à demanda social, considerando-se a desigualdade econômico-cultural da população.

Em termos conceituais mais gerais e absolutamente modernos, viu-se ser possível definir uma política pública como ação estratégica (de instituições ou pessoas de direito público) que visa a atingir fins previamente determinados por finalidades,

²⁶⁶ Ibidem, p. 61.

²⁶⁷ Ibidem, p. 61.

objetivos e princípios de natureza pública. Tal ação, inexoravelmente, vem marcada por altos níveis de racionalidade programática, caracterizada por medidas organizacionais e de planejamento.

[...] é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.

Isso me leva a crer na existência daquilo que vou chamar de políticas públicas constitucionais vinculantes, aqui entendidas como aquelas ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, haja vista os níveis compartilhados de responsabilidades entre as entidades federativas brasileiras e a cidadania envolvendo a matéria. Considerando ainda crer, no particular, não existirem normas constitucionais despossuídas de concreção no sistema jurídico pátrio, resulta claro que a responsabilidade de que estamos falando aqui é, diferenciadamente, pró-ativa dos poderes instituídos, merecendo imediata implementação [...] II – cuidar da saúde e da assistência públicas [...].

Para cada plexo de garantias outorgadas à responsabilidade estatal vistas, necessitam advir políticas públicas concretizadoras, que se operam em diversos níveis de efetivação, tais como os de elaboração, constituição formal, execução e avaliação das ações necessárias, contando para tanto com a máxima participação da comunidade alcançada por elas. Tais ações é que denomino de políticas públicas constitucionais vinculantes, independentes da vontade ou discricionariedade estatal para que venham a acontecer, eis que condizentes a direitos indisponíveis e da mais alta importância e emergência comunitárias, perquirindo imediata materialização, sob pena de comprometer a dignidade humana e o mínimo existencial dos seus carecedores²⁶⁸.

Diante das considerações acima, tem-se que a insuficiência das chamadas “políticas públicas constitucionais vinculantes” divide a doutrina entre aqueles que a consideram sinônimo de omissão do Poder Público e aqueles que a entendem como uma trágica consequência da má-estruturação do aparelho estatal e da limitação dos recursos públicos e a relevância disto são determinantes para a questão da legitimidade da exigência individual de medicamentos e tratamentos frente à máquina pública²⁶⁹.

Nesse sentido, há hipóteses em que se torna possível a atuação do Poder Judiciário na resolução de tal problema, não obstante a questão do princípio da separação dos poderes (já discutido no item anterior do corrente capítulo), em decorrência da aludida omissão do Poder Público:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre, vol. I tomo I, 2006. p. 168-9.

²⁶⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. Op. cit., p. 62.

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)²⁷⁰.

Aqui, quando da relação do direito social a saúde, vale ressaltar a possibilidade de exigir do Estado a prestação dos serviços, e, também judicialmente, :

Se, por um lado, é inquestionável que o direito à saúde é direito de todos, não se pode, por outro, agasalhar a tese de que se cuida de um direito coletivo e que, por ser direito coletivo, não poderia ser objeto de dedução individualizada em Juízo, especialmente para além das hipóteses previamente previstas na legislação infraconstitucional. [...] Em primeiro lugar, o fato de todos os direitos fundamentais (e não apenas os sociais) terem uma dimensão transindividual (coletiva e difusa), em momento algum lhes retira a condição de serem, em primeira linha, direitos fundamentais de cada pessoa, ainda mais quando a própria dignidade é sempre da pessoa concretamente considerada. Pela mesma razão, não se poderia afastar a possibilidade da tutela individual, o que não significa dizer que existem problemas a serem enfrentados e que em muitos casos (mas não em todos!) a tutela judicial mais adequada e efetiva deva ocorrer de modo coletivo. Os direitos sociais [...] são sempre também individuais e, portanto, direitos de cada um, o que assume particular relevância no campo da saúde²⁷¹.

Assim, percebe-se haver limites mais estreitos quanto ao direito prestacional da saúde, porquanto restringe a questão da omissão estatal o que, por sua vez, legitimaria o pedido judicial dos medicamentos. Neste caso, a omissão só estaria caracterizada quando não houvesse leis e atos administrativos e/ou quando estes fossem descumpridos. Todavia, em face da existência destes e mesmo que não de forma que abrangesse a todos os necessitados, não haveria legitimidade do Poder Judiciário.

Logo, quanto à judicialização da saúde, tanto quanto direito social, mas principalmente quanto direito individual, tem-se como principais argumentos as questões da “alteração do arranjo institucional concebido na Constituição de 1988”, que outorgou a competência para a administração ao Poder Executivo, a quem cabe promover as políticas sociais e econômicas; da legitimidade democrática, que seria desrespeitada em decorrência da “retirada dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos”, o que equivaleria a uma interferência na competência do Poder Legislativo; “da reserva do possível”, haja vista a questão da escassez dos recursos; da desorganização da Administração Pública, em função da transferência de recursos de um

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre, vol. I tomo I, 2006. p. 169.

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 40.

setor, previsto no orçamento, para atender à decisão judicial; da problemática da “abordagem individualista dos problemas sociais” por parte do Judiciário, o que representaria, conforme “análise econômica do direito”, o emprego irracional dos recursos públicos, cujos benefícios seriam mais significativos se investidos em outras políticas de saúde pública; do privilégio àqueles que ingressam no Judiciário em detrimento daqueles que não o fazem, o que configuraria o desrespeito ao princípio da igualdade; e, por fim, a questão da deficiência técnica dos juízes quanto a aspectos médico-científicos e aos que dizem respeito à administração pública²⁷².

Diante de tais considerações, percebe-se claramente a complexidade relativa à realização dos direitos sociais relativos à saúde, principalmente quando está em análise o contexto social brasileiro, pois as condições fáticas são inerentes a tal discussão: defender o direito à saúde é louvável e necessário, todavia, não se pode perder de vista o problema dos meios reais de garantir a efetividade de tal direito.

Em sendo a saúde um direito fundamental das pessoas e considerando-se a aplicabilidade dos dispositivos protetivos ditados pela Constituição Federal, mais o comando advindo de expressas e claras disposições de normas infraconstitucionais, tem-se por necessária conclusão que, falhando o Poder Público na prestação dos serviços assistenciais que lhe competem, haverá de se garantir a efetivação daquele direito mediante o instrumental jurídico da alçada do Poder Judiciário.

Logo, diante da situação que impossibilite o doente de custear medicamentos, alternativa não lhe resta se não a de reclamar junto aos órgãos de saúde do Estado o fornecimento gratuito dos remédios necessários por atestação médica, salientando a urgência no tratamento e seu caráter emergencial. Caso emblemático no Brasil foi a busca pela garantia ao acesso aos medicamentos e tratamentos contra a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) no Brasil na década de 80.

Por fim, a conclusão que se tem é que o Judiciário passou a assumir importante papel na concretização do direito social à saúde, em observância aos princípios e direitos fundamentais constantes na Lei Maior, com vistas a materializá-lo no Estado Democrático de Direito.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, 34/11, abr-jun, 2009. p. 49-54.

4. HIV – UM CASO EMBLEMÁTICO PARA A HISTÓRIA DO BRASIL

Desde que foi detectada no final da década de 1970, a AIDS se configurou rapidamente como uma das maiores ameaças à saúde pública no século XX. A grande capacidade de contágio, a elevada taxa de mortalidade e um quadro clínico arrasador fizeram da doença um dos mais graves problemas sanitários e sociais que a sociedade tem a enfrentar.

Assim, inicialmente, cabe a colocação de que é impossível dissociar os direitos fundamentais já citados anteriormente da questão do enfrentamento das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Isto porque o processo de reconhecimento do direito ao acesso universal a prevenção, diagnóstico e tratamento vivido hoje é o resultado de uma importante luta por tais direitos desde o início da epidemia. Logo, afirmar a dignidade do ser humano é o que traz sentido para, por exemplo, a discussão sobre a função social da propriedade intelectual frente o direito à saúde, mencionando ainda a disponibilização de preservativos e medicamentos antirretrovirais, o que configura uma luta constante contra as desigualdades sociais²⁷³.

Nesse contexto, o estigma e a discriminação ainda constituem, como desde o começo, sérios obstáculos à promoção do acesso universal. Além disso, muitas vezes a discriminação em razão da AIDS é somada a outras discriminações, acentuando o impacto da doença.

Por esse motivo, também não é possível dissociar a resposta brasileira do processo dinâmico de construção e reconstrução de conceitos e discursos trazidos pelos vários movimentos sociais além, é claro, de todo o processo de judicialização da saúde no que se refere ao tema agora apresentado.

Diante dos conceitos de direitos fundamentais, individuais e sociais, bem como saúde e sua representação nos contextos constitucional e judiciário apresentados nos capítulos anteriores, tem-se que a epidemia da AIDS chegou ao Brasil no período de transição democrática, marcado pela reorganização e o fortalecimento da sociedade civil, que havia sido duramente perseguida e oprimida durante os anos de ditadura militar, quando muitas

²⁷³ SIMÃO, Mariângela Galvão apud BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Programa Nacional de DST e AIDS*. Direitos Humanos e HIV/AIDS: avanços e perspectivas para o enfrentamento da epidemia no Brasil. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e AIDS. Brasília: Ministério da Saúde, 2008. p. 07.

lideranças políticas foram assassinadas ou exiladas por reivindicarem liberdade, igualdade e justiça social²⁷⁴.

O cenário político nacional da década de 1980, o crescente número de pessoas infectadas pelo HIV (*Human immunodeficiency virus*), as constantes violações de direitos de pessoas com AIDS e a inércia do Estado em apresentar respostas contra a AIDS favoreceram e impulsionaram a articulação de ativistas políticos, profissionais de diferentes áreas e setores variados da sociedade em torno da luta contra a epidemia. De um modo geral, os integrantes das organizações da sociedade civil provinham das universidades, igrejas, partidos e/ou organizações de militância política de esquerda, com destaque para Hebert Daniel e Hebert de Sousa, o Betinho²⁷⁵.

Nesse cenário de luta e militância política promovida pela atuação das denominadas Organizações Não governamental (ONG) AIDS, ficou evidente uma postura política mais aguerrida e propositiva em relação ao Estado, exigindo ações concretas de combate à epidemia e assistência às pessoas vivendo com HIV/AIDS e tais posturas trouxeram a compreensão de que para enfrentar a epidemia era preciso, sim, atuar diretamente na prevenção e informação e também investir na criação e na participação da sociedade civil em instâncias nacionais e internacionais que possibilitassem troca de experiência e criação de redes de solidariedade²⁷⁶.

Um destaque importante nessa época foi à atuação do movimento *gay*, que por ter sido o primeiro grupo afetado pela doença e o segmento mais atingido pelo preconceito e discriminação, foi pioneiro em se posicionar publicamente e exigir das autoridades competentes medidas de combate à AIDS. São as reivindicações dos grupos de defesa dos direitos dos homossexuais que impulsionam, por exemplo, em 1983, no Estado de São Paulo, as primeiras ações governamentais para enfrentamento da epidemia²⁷⁷.

Nessa perspectiva de grupos de luta contra a AIDS, um dos fatores que mais chamou e ainda chama atenção é o fato de que, afora haver a luta contra o preconceito e a segregação, houve também a luta pelas necessidades básicas cotidianas entre os portadores de AIDS e as instituições públicas e privadas (reivindicação por medicamento, leitos, internações, planos de saúde, escolas etc.), o que configurou e ainda configura o engajamento e o desejo de garantia dos direitos sociais de pessoas soropositivas e soronegativas. Para as primeiras, além da

²⁷⁴ Ibidem, p. 08.

²⁷⁵ GALVÃO, Jane. *AIDS no Brasil: agenda de construção de uma epidemia*. Rio de Janeiro: ABIA, 2000. p. 71.

²⁷⁶ Ibidem, p. 71-72.

²⁷⁷ TEIXEIRA, Paulo Roberto. Políticas Públicas em AIDS. In: PARKER, Richard (Org.). *Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor/ABIA, 1997. p. 44.

saúde, a luta implica o reconhecimento e a garantia do direito a uma vida digna e livre de qualquer tipo de preconceito, discriminação e desigualdade. Para as segundas, significa o direito ao acesso à informação e aos meios de prevenção da doença²⁷⁸.

A atuação da sociedade civil na luta contra a AIDS é, assim, marcada por uma atuação propositiva e reivindicativa. As principais características são: centralidade no portador; intervenção nos significados das pesquisas médicas; denúncias públicas; manifestações de rua; estruturação de serviços e judicialização de demandas.

Desse modo, surge um novo e duplo cenário a partir das demandas das ações do movimento de luta dos portadores de AIDS: o cenário jurídico e político, baseado nos princípios de justiça social e de equidade de direitos e um cenário simbólico, contra homofobia, racismo, marginalidade e morte civil²⁷⁹.

Nesse contexto, ainda que as organizações de luta contra a AIDS não tenham tido participação expressiva durante o processo constituinte, ainda assim souberam utilizar adequadamente os avanços constitucionais em benefício das pessoas vivendo com AIDS. Para tanto, articularam AIDS e saúde a partir de uma compreensão da saúde como um direito fundamental do ser humano, o que leva o Estado a atuar através de políticas econômicas e sociais e não somente através de ações na área de assistência à saúde²⁸⁰.

O resultado disso é a “Declaração dos Direitos Fundamentais das Pessoas Portadoras do vírus da AIDS” elaborada em outubro de 1989, durante o Encontro Nacional da Rede de Solidariedade, ocorrido em Porto Alegre²⁸¹. O referido documento sintetiza em dez pontos as principais violações de direitos constitucionais sofridas por portadores do vírus HIV: 1) sigilo, privacidade e intimidade; 2) liberdade; 3) informação; 4) assistência e tratamento; 5) participação social (educação, trabalho e lazer); 6) controle do sangue, hemoderivados e tecidos; 7) proibição de testagem compulsória; 8) direitos reprodutivos; 9) direito a receber sangue, hemoderivados e tecidos, quando necessário; 10) direito à família.

O fato mais interessante com relação ao documento acima citado é que, embora aparentemente esta pareça tratar-se de uma nova categoria de direitos, os direitos das pessoas soropositivas, na verdade é um novo tipo de reivindicação do cumprimento dos velhos ditames constitucionais e a afirmação de que as pessoas com AIDS não perdiam sua qualidade

²⁷⁸ TEIXEIRA, Paulo Roberto. Políticas Públicas em AIDS. Op. cit., p. 45.

²⁷⁹ CÂMARA, Cristina. Articulações entre Governo e Sociedade Civil: um diferencial na resposta brasileira à AIDS. *Impulso Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba, v. 13, n. 32, 2002. p. 66.

²⁸⁰ VENTURA, Mirian da Silva. Assessorias jurídicas das ONGs/AIDS e sua contribuição para a efetivação dos direitos das pessoas que vivem com HIV/AIDS no Brasil. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002. p. 97.

²⁸¹ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Fundamentais das Pessoas Portadoras do Vírus da Aids. *Boletim ABIA*, Rio de Janeiro, n. 9, nov. 1989. Disponível em: <<http://www.abia.org.br>>. Acesso em: 24 out. 2012.

de cidadãos por portarem um vírus. O vírus era apenas um vírus que deveria ser combatido e ter os seus efeitos amenizados com tratamento e informação.

Nesse sentido, as ONG/AIDS, mediante suas assessorias jurídicas, desenvolveram ações junto ao Poder Judiciário (propositura de ações judiciais individuais e coletivas); Poder Executivo (participação em órgãos gestores tais como conselhos); Poder Legislativo (acompanhamento crítico dos projetos de leis para obstruir projetos que representem retrocessos e aprovar leis que representem efetivação de direitos) e outros segmentos da sociedade civil organizada (inserção da discussão sobre AIDS e direitos humanos na agenda dos movimentos sociais); mídia em geral (campanhas educativas de massa sobre prevenção da AIDS e respeito aos direitos fundamentais)²⁸².

Basicamente três estratégias foram utilizadas para resgatar a cidadania negada aos portadores do HIV: 1) judicialização das demandas, 2) *lobby* legislativo e 3) ações educativas de conscientização de direitos.

Quanto à judicialização das demandas relacionadas à AIDS, o fornecimento dos antirretrovirais é o item mais importante.

As ações judiciais para o fornecimento de antirretrovirais ainda não disponíveis, à época, no SUS fazem parte da história da luta contra a AIDS no Brasil. Fundamentadas principalmente na garantia do direito à saúde e à vida, assegurado textualmente na legislação brasileira, os pleitos junto aos tribunais foram fundamentais para reforçar a política de acesso universal a incorporação dos medicamentos que melhoraram significativamente as condições de saúde dos cidadãos e cidadãs que vivem com HIV e AIDS²⁸³.

Conforme visto, a mobilização da sociedade na luta contra a doença levou o Estado a tomar medidas mais contundentes quanto à questão. Uma das principais medidas de política sanitária concernente à doença foi à distribuição gratuita de medicamentos preconizada em 1991. No intuito de dinamizar o acesso aos medicamentos usados para tratamento, o legislador criou a Lei nº. 9.313 de 13 de novembro de 1996, dispondo sobre obrigatoriedade da distribuição de medicamentos para o tratamento dos doentes de AIDS objetivando ainda uma padronização e previsão orçamentária.

O Brasil, nas últimas duas décadas desde o surgimento da doença, obteve mais efetiva resposta contra a epidemia da AIDS que qualquer outro país e isto se deve ao

²⁸² VENTURA, Mirian da Silva. Op. cit., p. 94.

²⁸³ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SCHEFFER, Mário. A judicialização dos antirretrovirais no Brasil. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Programa Nacional de DST e AIDS*. Direitos Humanos e HIV/AIDS: avanços e perspectivas para o enfrentamento da epidemia no Brasil. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e AIDS. Brasília: Ministério da Saúde, 2008. p. 46.

programa brasileiro de prevenção e combate à AIDS e outras DSTs desenvolvido pelo Ministério da Saúde. Como exemplo do investimento do Governo no Programa Nacional de DST/AIDS, o custo em 1997 foi de aproximadamente 295 milhões de dólares e em 2001 o valor chegou à casa dos 543,2 milhões de dólares²⁸⁴.

Ainda com relação à importância do tratamento farmacológico no cuidado com os doentes, argumenta-se que até 1989 a sobrevida mediana no Brasil dos pacientes com Aids adultos era de apenas 5,1 meses. Este cenário começou a mudar com a descoberta do medicamento Zidovudina (AZT), em 1989. Anos depois, na chamada época da terapia dupla, surgiram novas substâncias que, associadas ao AZT, aumentaram discretamente a sobrevida das pessoas afetadas. Com o avanço das pesquisas, foi publicada uma proposta terapêutica em 1996, conhecida como Coquetel Antiaids, uma terapia antirretroviral de alta potência, que aumentou a sobrevida dos doentes, além de ter esclarecido aspectos fundamentais da doença²⁸⁵.

Desde a aprovação do AZT, a primeira droga para o tratamento da AIDS, em 1987, até julho de 2004, o arsenal terapêutico para enfrentar o HIV/AIDS incluía 18 antirretrovirais liberados pelo *Food and Drug Administration* (FDA). Com esses medicamentos é possível chegar a 1.333 combinações entre eles, conhecidas como coquetéis. Eles estão distribuídos em cinco classes terapêuticas, descritas a seguir, acompanhadas pelos nomes genéricos das drogas: 1) inibidores da transcriptase reversa análogos de nucleosídeos: zidovudina, didanosina, zalcitabina, estavudina, lamivudina, abacavir, emtricitabina e tenofovir; 2) inibidores da transcriptase reversa não análogo de nucleosídeos: nevirapina, delavirdina e efavirenz; 3) inibidores da protease: saquinavir, ritonavir, indinavir, amprenavir, lopinavir e atazanavir; e 4) inibidores de entrada ou fusão: enfuvirtida²⁸⁶.

No mesmo ano do surgimento de terapia antirretroviral, mais especificamente em novembro, é promulgada a referida lei que dispôs sobre a obrigatoriedade do acesso universal e gratuito aos medicamentos pelo SUS. Desta forma, os antirretrovirais passaram a ser

²⁸⁴ CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Lorena Bernadete da. *Respostas aos desafios da AIDS no Brasil: limites e possibilidades*. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2005. p. 27.

²⁸⁵ O Brasil distribui 15 medicamentos antirretrovirais na rede pública de saúde. Sendo que 8 desses são produzidos nacionalmente, fato que reduz sensivelmente os gastos com a importação de antirretrovirais. Em 2000, foram gastos US\$ 303 milhões com medicamentos para atender uma média de 100 mil pacientes. Em 2001, os gastos foram de US\$ 235 milhões para atender uma média de 105 mil pacientes. BRASIL. Ministério da Saúde. *Política do Programa Nacional: política do tratamento*. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

²⁸⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. *Política do Programa Nacional: política do tratamento*. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

disponibilizados obrigatoriamente pelo Ministério da Saúde seguindo as orientações definidas pela Coordenação Nacional de DST e AIDS²⁸⁷.

Nesse caso, tem-se que o Programa Nacional de DST e AIDS foram criado em 1988. Antes disso, era a Divisão Nacional de Dermatologia Sanitária (conforme determinava Portaria n°. 236, de 02 de maio de 1985) que cuidava de alguns aspectos gerais da AIDS. A política de distribuição de medicamentos para os portadores de HIV/AIDS especificamente foi oficializada em 1995, por meio da Portaria n°. 21, do Secretário de Assistência à Saúde, publicada em março de 1995, vindo afirmar a obrigação dos Poderes Públicos de distribuir toda a medicação necessária ao tratamento da AIDS.

Em 13 de novembro de 1996, foi promulgada a Lei n°. 9.313, reforçando o direito dos portadores de HIV/AIDS de receberem, gratuitamente do SUS, toda a medicação necessária ao seu tratamento (artigo 1º.)²⁸⁸.

O primeiro ponto dessa lei, que tem sido bastante discutido nas questões judiciais é se este se trata do direito que abrange qualquer medicamento indicado pelo médico ou apenas medicamentos já padronizados e incorporados pela rede pública de saúde? Esta é uma das questões mais examinadas nas decisões judiciais. Aqui, tem-se que o entendimento dos autores das ações judiciais e de parcela significativa das decisões judiciais é que esse direito refere-se a qualquer medicamento necessário à preservação e recuperação da saúde, como será visto mais adiante.

Como se pode observar, a questão da AIDS representa um marco histórico na observância do acesso à saúde no Brasil, pois a preocupação com a epidemia, as inúmeras mortes causou comoção nacional, possibilitando, assim, atitudes sérias, tanto da sociedade civil quanto do Estado, com atuações dos três poderes. Tem destaque aqui a participação do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde analisando o caso específico da AIDS.

Isso porque o Judiciário desempenha papel fundamental na garantia e efetivação dos direitos do cidadão. A sua atuação possibilita a concreta realização e materialização das reivindicações sociais e/ou individuais frente ao não cumprimento dos preceitos

²⁸⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. *Política do Programa Nacional: política do tratamento*. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

²⁸⁸ Art. 1º. Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento. § 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde. § 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

constitucionais. “O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais era, e continua sendo, conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes dessa “seletividade inclusiva”²⁸⁹.

Nesse contexto, a busca da via judicial para garantir a saúde, a AIDS apresentou-se como pioneira e também, a doença com maior número de ações judiciais procurando amparo do Estado, servindo, assim, de base e exemplo para lides posteriores²⁹⁰.

Diante disso, a partir de 1996 a justiça passou a ser frequentemente acionada com a chegada dos medicamentos que alçaram a AIDS à condição de doença crônica, quando adequadamente tratada. Logo, desde o advento dos inibidores da protease, o amplo arsenal terapêutico atualmente disponível fez diminuir a urgência da incorporação de novos medicamentos e, conseqüentemente, fez cair o número de ações judiciais. Ainda assim, como o Brasil mantém há muito tempo milhares de pacientes em tratamento, sempre haverá uma parcela deles para os quais os medicamentos disponíveis não fazem mais efeito devido à resistência, intolerância ou toxicidade²⁹¹.

As ações judiciais em torno do fornecimento de antirretrovirais ocorrem porque a prescrição médica muitas vezes precede o trâmite necessário até a disponibilização nos serviços públicos de saúde, que passa pelo registro, introdução nas diretrizes do consenso terapêutico, até a compra e distribuição pelo SUS. Neste sentido, a judicialização tende a ser a forma mais rápida diante do grande espaço de tempo percorrido entre a prescrição e o fornecimento do medicamento²⁹².

Fora o tempo decorrido entre a prescrição e o fornecimento do medicamento também devem ser considerados múltiplos aspectos relacionados às ações judiciais que reivindicam os antirretrovirais, como a mobilização da sociedade civil, as conquistas legais específicas, a velocidade das descobertas de novos medicamentos, a autonomia dos médicos na prescrição, os aspectos administrativos e orçamentários da gestão governamental, os interesses econômicos e as práticas de promoção e *marketing* dos laboratórios, os ensaios clínicos e programas de acesso expandido que podem inserir o novo medicamento no país antes de sua incorporação, dentre outros fatores. Aqui, cabe ressaltar que nenhum destes fatores será tratado em separado ou com profundidade no presente estudo.

²⁸⁹ FARIA, José Eduardo (org). *Direitos humanos, direito sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 47.

²⁹⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25.

²⁹¹ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SCHEFFER, Mário. Op. cit., p. 46.

²⁹² GALVÃO, Jane. A política brasileira da distribuição e produção de medicamentos antirretrovirais: privilégio ou direito? *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, 2002. p. 04.

Recentemente, a questão da judicialização do acesso aos antirretrovirais ganhou novos contornos diante das discussões que passaram a ser travadas sobre o direito dos cidadãos de acesso aos medicamentos de alto custo. Diversos secretários e gestores de saúde passaram a defender a “regulamentação” restritiva dos pedidos judiciais dos chamados medicamentos de alta complexidade e alto custo. A justificativa é que o fornecimento de medicamentos via justiça compromete a dispensação regular, uma vez que os governos precisam remanejar recursos vultosos para atender pedidos isolados. Até mesmo o Poder Judiciário, que majoritariamente dá ganho de causa ao pleito dos usuários, começou a se sensibilizar, de certo modo, com a tese dos gestores²⁹³.

Outro fator que impulsionou a busca do Judiciário foram os avanços nas pesquisas que começaram a trazer a esperança de, pelo menos, melhorar a qualidade de vidas dos doentes de AIDS. A proposta da terapia antirretroviral de 1996, por exemplo, apresentou grande evolução no tratamento e aumento na expectativa de vida dos enfermos, todavia, o custo do tratamento seria muito elevado para a grande parte da população.

Nesse contexto, o caminho encontrado por pessoas carentes para obter acesso a tratamento foi socorrer-se do Judiciário para sanar a ineficiência do SUS nos casos concretos. Como exemplo, cita-se uma decisão que apresenta claramente a situação vivida pelas pessoas de baixo poder aquisitivo perante o problema da AIDS, a necessidade de tratamento de qualidade e a falta inicial de efetividade da política pública sanitária. Neste caso, a decisão é referente à paciente em tratamento particular cujo plano de saúde procura se eximir de prestar serviços em virtude da doença, mas expressa claramente a situação da política sanitária no país:

O sistema de saúde, nesses casos, deveria e deve ser governamental, ou da previdência social, mas, pelo jeito que se pode observar, está “desativado”, ou em estado de calamidade, não atendendo às solicitações das pessoas que a ele recorrem. O preceito do art. 198, em seu parágrafo, único, é muito significativo quando orienta: o sistema de saúde será financiado nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, tudo isso parecendo letra morta, o que deixa os portadores da síndrome da imunodeficiência adquirida e suas consequências, sem qualquer amparo. Parece agora, que em novas normas de proteção neste sentido, a União, está a pretender efetuar esse entendimento (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. 1996.002.00692. AMIL. Assistência Médica Internacional, André Ferreira Nunes da Silva. Relator: Luiz Carlos Perlingeiro. 19 fev. 1997. Diário da Justiça: 18 abr. 1997).

²⁹³ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SCHEFFER, Mário. Op. cit., p. 45.

Nos pleitos de medicamentos para tratamento de HIV/AIDS é muito comum o juiz de primeira instância, onde o processo é iniciado, conceder a liminar ou a tutela antecipada. O Poder Público é, então, obrigado a atender a imposição judicial, mas tem também o direito de recorrer da decisão, o que geralmente ocorre. O recurso contra uma decisão provisória – como é a liminar ou a tutela antecipada – é denominado agravo de instrumento. Este recurso é apreciado por três juízes de segunda instância, também chamados de desembargadores. No caso, o tribunal de segunda instância competente para apreciação do recurso é o Tribunal de Justiça do Estado²⁹⁴.

Na hipótese de indeferimento da liminar ou da antecipação de tutela, o cidadão igualmente tem o direito de recorrer (por meio de agravo de instrumento) ao tribunal para insistir no seu pedido e conseguir o remédio pleiteado. A decisão do tribunal pela manutenção da liminar ou pela sua cassação pode ainda ser objeto de recurso, desta vez para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao lado do Supremo Tribunal Federal (STF), compõem as instâncias máximas da Justiça no Brasil – este aprecia ofensa à Constituição Federal e aquele, ofensa à legislação federal infraconstitucional²⁹⁵.

Além do pedido que será apreciado com urgência pelo juiz – tecnicamente denominado liminar ou tutela antecipada –, o processo judicial envolve uma discussão normalmente longa sobre o direito de receber gratuitamente os medicamentos, e também de outras questões relacionadas, como a esfera de governo (União, Estado ou Município) competente para o seu fornecimento, entre outras. O juiz de primeira instância, que deferiu ou não a liminar ou tutela antecipada deve apreciar, de acordo os trâmites normais da ação, o mérito da ação e proferir uma sentença. Isto acontece concomitantemente aos recursos acima mencionados que seguem em discussão nas instâncias superiores da Justiça (Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal). A sentença é a decisão definitiva do juiz, que pode ser no sentido de confirmar a liminar ou tutela antecipada dada ou no sentido contrário, revogando a liminar²⁹⁶.

Cabe recurso de apelação da sentença para o tribunal de segunda instância e, desta decisão, cabe recurso especial para o STJ e/ou recurso extraordinário para o STF. O recurso para o Supremo Tribunal Federal só é possível se houver ofensa direta à Constituição Federal. Nos exemplos em análise neste estudo, como dois dos fundamentos para o pedido de

²⁹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e AIDS. *O remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: Ministério da Saúde. 2005. p. 104-105.

²⁹⁵ Ibidem, p. 105.

²⁹⁶ Ibidem, p. 105-106.

medicamentos antirretrovirais são justamente os artigos 5º e 196 da Constituição Federal, teoricamente, é possível a interposição do recurso extraordinário²⁹⁷.

Diante de tais colocações, é importante lembrar que a questão da saúde é, e continua sendo primordialmente uma política pública que dispõe de orçamentos próprios destinados a manter o SUS e diretrizes específicas com ênfase na prevenção. Todavia, frente a situações urgentes e inusitadas, onde o direito a vida está em jogo o juiz, com base nos direitos fundamentais passa a ser constrangido a efetivar o direito sem, contudo, avaliar os dilemas de sua decisão. No tocante à AIDS, a entrada em vigor da lei n. 9313 referente à distribuição gratuita de medicamentos proporcionou maior efetividade ao Programa Nacional de DST/AIDS, como também, serviu de fundamento para demandas requerendo judicialmente medicamentos essenciais.

Como exemplo, tem-se a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) publicada logo após a promulgação da lei logo acima citada, diante do caso de um cidadão que requer na justiça os medicamentos Crixivan e Efavirenz (antirretrovirais) para combater a progressão da doença e o Estado de Santa Catarina interpõe agravo de instrumento pleiteando a suspensão da cautelar, alegando questões orçamentárias, negando-se provimento ao recurso:

Por fim, como afirmado no despacho recorrido: "No confronto das disposições constitucionais e de ordem infraconstitucional que o caso concreto suscita e que irá presidir a final a solução da controvérsia, devem prevalecer por ora e para o fim de autorizar a deflagração da ação, aquelas que erigem a saúde como direito social a cargo do Estado (arts. 6º e 196 da CF/88; 153, CE/89). Em complemento a esses preceitos ou de forma a ensejar-lhes a necessária eficácia, sobressai a norma prevista no artigo 198 da Lei Maior - revivida na Carta Estadual, art. 155, que prevê o Sistema Único de Saúde, integrado pelo Estado, objetivando o atendimento integral nessa área.

No âmbito da liminar - o que deve prevalecer é a salvaguarda do direito natural e nele se insere o direito à vida.

D'outra sorte, foi publicada e já se acha em vigor a Lei Federal nº 9.313, de 13/11/1996 (DJU nº 222, de 14/11/1996), que determina o fornecimento gratuito da medicação necessária ao tratamento dos portadores do HIV e doentes de AIDS, pelo Sistema Único de Saúde (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 96.010806-8. Estado de Santa Catarina, Sidney Pontes Cabral da Silva. Relator: Des.: Pedro Manoel Abreu. Diário da Justiça: 28 nov. 1996).

Nesse momento torna-se relevante lembrar que o Brasil foi um dos primeiros países no mundo a implantar a política de distribuição gratuita de medicamentos para doentes de

²⁹⁷ Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e AIDS. *O remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: Ministério da Saúde. 2005. p. 106.

AIDS²⁹⁸. Também vale lembrar que, em 1996, após a grande pressão dos movimentos sociais, é publicada a lei 9.313 que programa a distribuição gratuita de medicamentos aos doentes de AIDS atuando simultaneamente com a Lei de Propriedade Industrial n. 9.279/96, que estabelece a possibilidade de emissão de licença compulsória para a produção de medicamentos para a produção local.

O resultado é que estas leis viabilizaram o acesso à saúde para a população carente com AIDS, fazendo com que este acesso à saúde reduzisse, significativamente, a taxa de mortalidade e do número de internações e infecções por doenças oportunistas relativas à AIDS. O governo brasileiro, por conseguinte, começou a poupar com internações e investir cada vez mais na produção local dos genéricos, fato que torna viável e eficiente o acesso universal e gratuito ao tratamento antirretroviral²⁹⁹.

Desta forma, ainda que o número de processos nos quais se requer medicamentos para tratamento da AIDS venha sendo reduzido diante da melhora na distribuição e consequente garantia do direito à saúde, é relevante destacar que, no caso específico desta doença, não basta apenas a medicação, mas sim, faz-se necessário, em situações específicas, tratamento para doenças e infecções oportunistas, oriundas da debilitação do sistema imunológico do enfermo³⁰⁰.

Neste sentido e como já observado, os antirretrovirais são de responsabilidade do SUS, enquanto que outros medicamentos eventuais ficam por conta dos Estados e Municípios. Entretanto, a efetivação do acesso a remédios para doenças e infecções oportunistas, por vezes, não tem apresentado a mesma qualidade, ocasionando grave prejuízo ao próprio tratamento. Neste caso, percebe-se que não faz sentido cuidar apenas da enfermidade principal desconsiderando as doenças secundárias, pelo motivo de serem estas causadoras do óbito dos pacientes em grande parte dos casos³⁰¹.

Logo, diante das circunstâncias de falhas na distribuição no âmbito estadual e municipal de medicamentos, conforme os citados acima emergem várias jurisprudências requerendo tratamento farmacológico. Um bom exemplo disto é o relatório de determinado caso, onde a pessoa já recebia tratamento específico para AIDS, mas veio a necessitar de tratamento conjunto para outras doenças consequentes da imunodeficiência. Uma vez

²⁹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. *Brasil é o mais avançado da América Latina em legislação de propriedade industrial que beneficiam a saúde pública*. Disponível em: <<http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias>>. Acesso em: 25 out. 2012.

²⁹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Programa Nacional de DST e AIDS*. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

³⁰⁰ GALVÃO, Jane. A política brasileira da distribuição e produção de medicamentos antirretrovirais: privilégio ou direito? *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, 2002. p. 12.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 12.

ajuizada ação ordinária com pedido de tutela antecipada contra o Estado de Santa Catarina com fundamento no dever do Estado concernente à saúde, teve-se que:

(...) que é pessoa pobre, sem condições financeiras de adquirir os medicamentos necessários para o tratamento da doença, tendo que se socorrer daqueles fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), informando que necessita consumir diariamente os medicamentos SULFADIAZINA 500, em cápsulas, DARAPRIN, RARICAL e LEUCOVIR 15 mg, conforme prescrição médica acostada a inicial (fls. 34/35), e que possui custo elevado, incompatível com os seus poucos recursos, pois trata-se de pessoa hipossuficiente, impossibilitada de desembolsar por tempo indeterminado a quantia suficiente para adquiri-los. (...)

Com efeito, o direito do apelante mostra-se consubstanciado nos arts. 5º, caput, e 196 da Constituição Federal, art. 153 da Constituição Estadual e arts. 1º e 2º da Lei n. 9.313/96 (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível, número: 2003.015583-0. Relator: Des.: Nicanor da Silveira. Diário da Justiça: 25 mar. 2004).

A decisão acima, ao conceder medicamentos complementares ao tratamento da doença mostra-se fundado na dignidade da pessoa humana e, obviamente, no direito fundamental à saúde, pois, não adiantaria tratar a AIDS de maneira parcial, deixando o enfermo padecer por doenças paralelas decorrentes da imunodeficiência adquirida. Ainda argumenta-se que o fundamento infraconstitucional é o mesmo para as doenças oportunistas, ou seja, dever do Estado e distribuição de medicamentos para os doentes com AIDS, realizando desta forma uma interpretação ampliada.

Outras tantas decisões dos tribunais estaduais e federais do país reconhecem o direito aos medicamentos, garantidos constitucionalmente.

(...) a determinação de fornecimento de novo medicamento caracteriza desrespeito às normas de processo civil, visto que as normas de índole meramente processuais não podem se sobrepuser aos direitos e garantias fundamentais plasmados na Constituição da República. Mesmo prosperando a alegação de violação ao devido processo legal, este, por meio do critério da ponderação de interesses, cederia vez ao elementar direito à vida. (Agravo de Instrumento 82354, nos autos do processo 2001.02.01.030132-0/RJ, Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Relatora Juíza Vera Lúcia Lima, em 11/06/2002, publicada no DJU de 13/09/2002).

É dever de o Estado fornecer aos portadores de AIDS os medicamentos capazes de deter a doença, ou quando menos, de reduzir seu sofrimento, propiciando-lhe melhor qualidade de vida, e quiçá a própria vida. Trata-se de direito assegurado não só constitucionalmente, como também pela Lei n. 9.313/96, que estabelece a distribuição gratuita de remédios àqueles que padecem de tão nefasta moléstia. (Apelação Cível 2001.012769-5, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator Desembargador César Abreu, em 26/09/2002).

Inarredável a obrigação do Estado, pois decorrente de expressa previsão na Constituição Federal, no sentido de prestar assistência à saúde pública. Necessidade de preservar-se o bem jurídico maior que está em jogo - a própria vida - motivo suficiente para afastar disputas menores sobre a legislação que dispõe sobre tutela antecipada. (Agravo de Instrumento 70000176164, Terceira Câmara Cível do

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Augusto Otávio Stern, em 10/02/2000).

Em se tratando de uma doença que, rapidamente, reduz a capacidade imunológica, possibilitando o surgimento de doenças oportunistas, não é possível retardar a prestação jurisdicional, com discussões acadêmicas. Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nos autos do processo 1996.002.04640, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator Desembargador Nilson de Castro Diao, em 26/02/1997).

Não há como qualificar de “ultra petita”, a sentença que consagra em favor de portadores de AIDS o direito de receber do Estado o fornecimento dos remédios de que necessitam, sob o pretexto de que a inicial aponta quais os de que precisam os autores e a decisão ter fixado obrigação além. O pedido inicial não pode reclamar nos do que o indispensável ao efetivo e esperançoso combate àquele insidioso e perverso mal. A decisão não pode ser considerada “ultra petita”, porque não compreende nada mais do que o essencialmente requerido, quando julga procedente o pedido, concedendo o adequado, próprio e imprescindível. (Apelação Cível nos autos do processo 1998.001.06186, Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator Desembargador Albano Mattos Correa, em 17/12/1998).

As vítimas da Síndrome da Deficiência Imunológica Adquirida (AIDS), por serem doentes portadores de gravíssima doença, hão de merecer, de toda a Sociedade, de cada ser humano, um pensamento isento de preconceito, e impregnado de compreensão, de solidariedade e de amor cristão. (Agravo de Instrumento nos autos do processo 1997.002.02705, da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator Desembargador Albano Mattos Correa, em 24/03/1998).

Outra situação dos portadores da HIV é a solicitação de exames laboratoriais que, entre outras coisas, indicam a carga e resistência viral, já que algumas cepas do vírus possuem resistência aos antirretrovirais mais comumente usados. Aqui, assim como na questão das doenças secundárias (ou oportunistas) que acompanham a imunodeficiência, os exames laboratoriais são indispensáveis para uma avaliação adequada sobre a evolução da doença. Neste caso, vale lembrar que, para a aplicação de um tratamento eficaz e utilização dos remédios apropriados contra a patologia, é necessário o acesso também aos exames mencionados.

Nesse tipo de caso, o Judiciário procurou efetivar as requisições de tais condutas médicas, como mostra no acórdão abaixo, visando assegurar o acesso integral à saúde consoante a Constituição e leis específicas que tratam o tema:

A Lei n. 9.313 de 13.11.96 em seu art. 1º preceitua que "*os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida) receberão gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento*". Evidente que a interpretação teleológica permite com segurança se concluir que os exames laboratoriais estão incluídos na autorização legal (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível número: 002.019884-1. Relator: Des. Luiz César Medeiros. Diário da Justiça: 24 mar. 2003).

Mais uma vez, a jurisprudência se mostra coerente com a tendência de valorar o direito à saúde superior a critérios econômicos e questões orçamentárias à luz dos princípios constitucionais, o que, por sua vez, transforma a política pública em uma esfera democrática.

Nessa linha e seguindo o posicionamento de efetivar direitos fundamentais, a quase totalidade das antecipações de tutela no Brasil foi concedida, sendo eventualmente cassadas em segunda instância, no caso de acórdãos denegatórios. O principal fundamento utilizado nessas decisões foi à possibilidade do paciente vir a falecer (fundado receio de dano irreparável) e a comprovação, por prescrição médica, do estado do paciente e da necessidade do remédio (verossimilhança da alegação), o que, segundo os julgadores, corresponderia à negação do direito à vida, garantido pela Constituição Federal³⁰².

Ademais, como fundamento constitucional para esta posição majoritária dos julgados, apresenta-se a dignidade da pessoa humana como sendo muito mais que um direito, sendo, também, um atributo do homem. A dignidade da pessoa coloca o indivíduo acima de questões orçamentárias, pois, cada objeto tem um preço e pessoas não têm preço, possuem dignidade. O atributo da dignidade, então: “Seria um metacritério para as soluções tomadas no caso concreto notadamente quando conectadas com o direito a vida, como é o caso da saúde”³⁰³.

Os argumentos contrários a tal posição afirmam que a política de saúde acarreta elevadas despesas requerendo previsão orçamentária própria, como já visto no decorrer do trabalho. Neste contexto, uma demanda de exorbitante de ações judiciais pleiteando atendimento prioritário poderia ocasionar a inviabilidade da prestação médico hospitalar para grande parte da população. Assim, mesmo sendo a saúde um direito fundamental, não poderia ser considerado absoluto pelo lógico argumento de depender de escassos recursos para a sua efetivação³⁰⁴.

Por outro lado, a ponderação de interesses nos casos difíceis suscitados junto ao Poder Judiciário não pode ser utilizada para colocar o Estado em condições de eximir-se de atender as demandas sociais e fomentar ainda mais a desigualdade social. Este recurso só é cabível quando de fato existe um conflito de valores. Os valores de ordem econômica não são postos como absolutos a ponto de se sobressair à efetivação dos direitos sociais, cujo propósito consiste na concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa

³⁰² GALVÃO, Jane. A política brasileira da distribuição e produção de medicamentos antirretrovirais: privilégio ou direito? *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, 2002. p. 15.

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 94.

³⁰⁴ AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 78.

humana, embora seja preciso ter cautela para não cair no extremo de pensar que o Estado pode tudo, também não se deve admitir que o Estado não pudesse nada ou quase nada em função das crises econômicas e, neste sentido, acarretar em retrocessos nas conquistas sociais³⁰⁵.

Deste modo, a questão da eficácia dos direitos sociais associada às situações de escassez enfrentadas pelo Estado não deve ser tomada de forma absoluta ou como um dogma da economia globalizada. Antes disso, o princípio em questão deve ser conjugado com a ideia de otimização dos recursos para promover a eficácia dos direitos mencionados³⁰⁶.

Nesse contexto, a AIDS leva a uma atuação conjunta das três esferas do poder no sentido de efetivar o direito fundamental à saúde e, neste cenário, conforme já mencionado, as políticas públicas apresentam um bom desempenho, ganhando reconhecimento internacional. Além disso, a legislação brasileira é avançada, sendo uma das primeiras a estabelecer o fornecimento gratuito de medicamentos.

Todavia, a atuação constante do Judiciário tem sido alvo de várias críticas, questionando-se sua legitimidade para interferir na atuação do Executivo, o que faz com que a esfera de atuação dos tribunais cresça a ponto de levá-los a assumir funções políticas, bloqueando determinadas ações e iniciativas do Executivo ou justapondo-se ao Legislativo. No entanto, cabe ressaltar que, se isto acontece, é porque a Constituição Federal de 1988, de alguma forma assim o permitiu, na medida em que consagrou um extenso elenco de direito, aumentando as garantias pra proteção dos direitos fundamentais³⁰⁷.

Assim sendo, após analisar o caso da AIDS, desde suas principais características, passando pelos movimentos sociais, seu tratamento e o Programa Nacional de combate e prevenção desenvolvido pelo Ministério da Saúde e a atuação do Judiciário em casos relativos à doença, constata-se ser a AIDS um caso a parte entre as demais doenças que assolam a nação, seu combate tem sido veemente e efetivo tornando-se um exemplo que deveria ser seguido pela Administração Pública.

O Brasil tem padrões de Primeiro Mundo em todas as mazelas que atingem igualmente ricos e pobres, como é o caso da poliomielite e da AIDS; ou nos assuntos que beneficiam apenas os ricos, como a qualidade industrial, os aeroportos. Mas

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 259.

³⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 279.

³⁰⁷ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Jurisdição e direitos fundamentais*. v. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29.

mantém-se entre os piores do mundo naquilo que pode ser limitado aos pobres, como a desnutrição, a educação, a saúde³⁰⁸.

O caso da AIDS, emblemático no que se refere à efetivação do direito à saúde enquanto um direito individual – a saúde – e também enquanto um direito social – mobilização da sociedade na luta contra a doença, como a criação das ONGs, por exemplo, o que provocou o Estado a tomar medidas mais contundentes quanto à questão, como a distribuição gratuita de medicamentos para o tratamento dos doentes de AIDS, além da padronização dos mesmos, investimento em pesquisa e previsão orçamentária³⁰⁹.

Assim, ao determinar que a saúde seja um direito de todos e dever do Estado, a Constituição Federal de 1988 impôs a universalidade, equidade e integralidade das ações e serviços de saúde, o que inclui o acesso aos medicamentos. E, conforme mencionado acima, a conquista da política pública brasileira de acesso universal aos medicamentos antiaids só fez cumprir essas prerrogativas³¹⁰.

Por outro lado, no que se refere àqueles que desejam coibir o direito de acionar a Justiça, há outro movimento em curso, que defende maior padronização das condutas médicas, a educação continuada voltada à prescrição responsável, a prevenção de desvios que possam existir, soluções administrativas que se antecipem às ações judiciais que reivindicam os novos medicamentos e, além disso, a destinação de mais recursos para o SUS³¹¹.

Nesse sentido, como as normas constitucionais tornaram-se cada vez mais específicas no sentido de dirigirem a atuação socioeconômica dos agentes políticos, ao Poder Judiciário é conferida competência para julgar, segundo os preceitos constitucionais de justiça social, os parâmetros de eficiência e oportunidade da atuação governamental, princípios estes que passam a configurar verdadeiras balizas da atuação estatal.

Ao lado dessas funções do Judiciário como um legislador implícito, aplicador (negativo ou positivo) de políticas públicas, surge então a própria deficiência do sistema político em cumprir com as demandas sociais requeridas ao Estado ante as novas atribuições deste como prestador de serviços e/ou regulador das relações socioeconômicas.

Aqui, como o tempo político-legislativo é diferente do tempo real das demandas sociais, ao gestor das decisões políticas é imputado um comportamento de análise de custos e benefícios da elaboração e aplicação de políticas públicas. Logo, recorrer ao Poder Judiciário,

³⁰⁸ BUARQUE, Cristovam apud AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 36-37.

³⁰⁹ FARIA, José Eduardo (org). Op. cit., p. 47.

³¹⁰ MENDES, Soraia da Rosa. *AIDS e direitos fundamentais*: estratégias jurídicas de efetivação dos direitos fundamentais de pessoas que (com) vivem com HIV. Porto Alegre: GAP/RS, 2005. p. 32.

³¹¹ *Ibidem*, p. 33.

principalmente quando há possibilidade da utilização de mecanismos como, por exemplo, a tutela antecipada³¹², pode garantir uma efetivação mais ágil dos direitos sociais constitucionalmente previstos³¹³.

Ressalta-se ainda que o papel do Estado como prestador de serviços vem sofrendo alteração com o surgimento de um direito associado às exigências de direção e conformação social, legitimado pelos efeitos sociais de sua própria atividade³¹⁴.

Por fim, cabe a afirmação de que a postura dos Tribunais em garantir o acesso à saúde apresenta um aspecto positivo ao propiciar a efetivação do direito fundamental à saúde em casos concretos, haja vista a estreita ligação entre a vida e a saúde do cidadão, que não pode ter tais direitos cerceados pela administração pública, diante da alegada escassez de recursos.

³¹² A noção de tutela antecipada refere-se à necessidade de simplificar e acelerar os atos e o procedimento jurisdicionais quando a demora da decisão causar prejuízos. Consiste na antecipação dos efeitos da decisão, antes do seu julgamento final, com base na razoável probabilidade do direito e na necessidade de tutela urgente pelo demandante.

³¹³ Faria antecipa a incapacidade de um sistema político jurisdicionado dar cabo a todas as demandas a ele apresentadas: *"O que tem estimulado e fundamentado a proliferação dessas estratégias é, entre outros fatores, uma espécie de cálculo de custo/benefício por parte dos legisladores contemporâneos. Com mecanismos normativos excessivamente simples para lidar com questões extremamente complexas e sem condições de ampliar a complexidade de seu ordenamento normativo e de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade dos problemas sócio-econômicos, os legisladores, pensando pragmaticamente, não têm hesitado em optar pela desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização. Afinal, se quanto mais tentam disciplinar e intervir menos conseguem ser eficazes e obter resultados satisfatórios, o que ficou evidenciado desde a crise 'fiscal' e pela crise de 'ingovernabilidade sistêmica' do Welfare State, nos anos 80, não lhe resta outra alternativa para preservar sua autoridade funcional: quanto menos disciplinar e intervir, menor será o risco de serem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório"*. Figura-se, assim, uma tendência à desregulamentação da atividade estatal, num possível panorama de impossibilidade do Judiciário em cumprir com as obrigações a ele delegadas pelo sistema político (FARIA, José Eduardo. O Poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. *Opinião* 46, 2001, p. 3).

³¹⁴ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa agência reguladoras. In: Alexandre de Moraes (org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 148-169.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, ao tratar da saúde e de seus aspectos social e individual e a relação destes com a judicialização da saúde no Brasil, mais especificamente no estudo de caso da AIDS, mostrou que o direito à saúde está garantido no art. 6º. da Constituição Federal de 1988 e também em outras passagens do texto constitucional, como o art. 196, no capítulo da Ordem Social, o que faz com que a saúde seja vista enquanto direito social e direito individual constituindo, assim, matéria de relevância no mundo jurídico, principalmente no que se refere à cidadania e à preservação dos direitos fundamentais do indivíduo inserido no contexto do Estado Democrático de Direito, tal como se vê no Brasil.

Nesse sentido, diante do inegável fato de que a ciência jurídica está diretamente ligada ao indivíduo e à vida em sociedade, primeiramente o estudo trouxe uma perspectiva histórica dos direitos fundamentais baseados nas transformações políticas, sociais e jurídicas pelas quais a sociedade passou a fim de contextualizá-los, pois são os pilares da atual Constituição e do Estado Democrático de Direito.

Assim, viu-se que os direitos fundamentais, ainda que tenham suas origens em tempos remotos, foi o resultado da influência das Revoluções Francesa, Inglesa e Americana no reconhecimento e na positivação dos direitos essenciais do ser humano, tais como a igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, liberdade religiosa e livre manifestação do pensamento.

Tais direitos essenciais ao ser humano estão expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que consagrou a todos os seres humanos, independente de condições, a igualdade em garantias e em direitos, a nível universal.

Todos os documentos históricos mostraram que os direitos fundamentais, além de serem direitos essenciais ao desenvolvimento do ser humano, são e estão atrelados a aspectos históricos e sociais que, por sua vez, estão atrelados às transformações da sociedade, fazendo com que a doutrina convencionasse classificá-los em “gerações” ou “dimensões”, conforme se viu no decorrer do presente estudo, o termo adotado foi “dimensões” quando da apresentação das fases dos direitos fundamentais.

No que tange à relação entre direitos individuais e sociais, estes estão assegurados pela Constituição Federal de 1988, no texto do Capítulo I, Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5º., que arrola os chamados direitos e deveres individuais e coletivos ao

evidenciar os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, decorrendo destes todos os demais que estão salvaguardados nos incisos I a LXXVII do texto constitucional.

Especificamente quanto aos direitos sociais, considerados de segunda dimensão, viu-se que estes seguem expressos nos artigos 6º. ao 11º. da Constituição Federal de 1988 e referem-se ao conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos, tais como a liberdade de associação profissional e sindical, o direito de greve, o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos, a representação de empregado junto aos empregadores e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros.

Neste contexto, foi possível observar que o direito social à saúde é um direito fundamental estritamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito. Passou-se, portanto, a discutir a saúde, foco do presente estudo, enquanto direito social e o dever constitucional do Estado no cumprimento desta garantia.

O termo saúde envolve, segundo a Organização Mundial de Saúde, a ausência de doença e a situação de equilíbrio entre o bem-estar físico, mental e social do indivíduo, o que faz com que a saúde não possa ser vista de forma isolada, mas sim inserida nos aspectos que cercam o indivíduo e a coletividade.

Na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito subjetivo público, afirmando que o sujeito é detentor do direito e o Estado o seu devedor, criando uma responsabilidade própria do sujeito que também deve cuidar de sua própria saúde e contribuir para a saúde coletiva.

Neste contexto, sabe-se que a saúde marca a trajetória dos direitos fundamentais desde os direitos individuais aos direitos sociais e é a partir deste entendimento que a saúde definida como direito deve conter aspectos sociais e individuais.

No tocante ao aspecto social, o direito à saúde privilegia a igualdade. A igualdade de todos que vivem em sociedade, que deverão preservar a sua saúde e também a de todos que necessitem. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam a vacinação, o controle de epidemias ou até mesmo ao tratamento e isolamento de certas doenças. A garantia dos cuidados de saúde no mesmo nível a todos também responde a exigência de igualdade. É claro que, enquanto direito social, a saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento

do Estado, pois apenas um Estado desenvolvido poderá oferecer a todos de maneira igual proteção e cuidados para a saúde.

No tocante ao aspecto individual, o direito à saúde privilegia a **liberdade**. As pessoas são livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, que tipo de vida quer viver, onde querem morar, os cuidados com a saúde e que recursos médicos-sanitários procurarão. É obvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde também depende do estágio de desenvolvimento do Estado, pois somente em um Estado desenvolvido socioeconomicamente e culturalmente, o individuo é livre para procurar seu bem estar físico mental e social.

Nesta mesma linha, viu-se então que compete ao Estado garantir a saúde do cidadão (individual) e da coletividade (pública ou social) através das políticas públicas que, por sua vez, envolvem tanto as ações do governo nas atividades diretas de produção de serviços e pelo próprio Estado em atividades de regulação de outros agentes econômicos, como também em conjuntos de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público.

O resultado de tais considerações é que saúde é um dever constitucional pautado em princípios jurídicos, tais como o princípio dignidade da pessoa humana e da efetividade, que atribui a uma norma constitucional, em razão da posição por ela ocupada no ordenamento jurídico, o significado que maior eficácia lhe ofereça, ou seja, qualquer ato que importe em retirar ou mesmo diminuir a sua eficácia deverá ser considerado inconstitucional, refletindo que a dignidade da pessoa humana representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais o que, por sua vez, confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática a todo o sistema estatal em assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social.

Insta salientar, que as leis infraconstitucionais, foram sendo promulgadas com o objetivo de criar e viabilizar garantia e cumprimento do direito à saúde no Brasil, dentre a Lei nº. 8.142/90 que garante a participação dos usuários do sistema na gestão desses serviços e a transferência de recursos financeiros intergovernamentais; a Portaria nº. 3.916, que aprova a Política Nacional de Medicamentos e a Norma Operacional da Assistência à Saúde, nº. 01/2002 (NOAS-SUS 01/02), aprovada por Portaria do Ministério da Saúde e, principalmente, a Lei nº 8.080/90, que organiza e estrutura o funcionamento do Sistema Único de Saúde, o SUS, que tem por objetivo garantir a prestação de serviços de saúde gratuitos a todos os brasileiros através, principalmente, da universalidade, princípio que garante acesso aos serviços e assistência à saúde para toda a população e de leis, que prevê as fontes de

financiamento, bem como os percentuais a serem gastos em saúde, além de toda forma de divisão e repasse dos recursos financeiros entre as esferas do governo.

No entanto, ante a inércia dos entes federativos, e ainda, somado ao financiamento público na área da saúde insuficiente em relação à abrangência da demanda social do SUS, tal fato coloca em risco a efetivação das políticas de gestão e atenção à saúde, afetando todo o desenvolvimento e estrutura do SUS decorrendo em prejuízo para toda a sociedade, daí a necessidade da intervenção do Judiciário na efetividade do direito à saúde.

Partindo dessas considerações, o Estado, entendido aqui em sentido amplo, deve atuar a fim de evitar o tratamento desigual da sociedade, instituindo políticas públicas que deverão ser planejadas, organizadas e previstas no orçamento, para a aplicação necessária na distribuição de recursos de maneira a atender os anseios da sociedade.

No caso da saúde, diante da ineficiência e/ou omissão dos entes federativos, passou a ser imputado ao Judiciário o papel de garantidor do acesso aos cidadãos distribuição de medicamentos.

Nesse contexto, viu-se que a intervenção do Judiciário na efetividade do direito à saúde levanta a possibilidade de atuação no campo da competência dos poderes Executivo e Legislativo, além de expor o julgador à tarefa de fazer cumprir o que já se encontra assegurado constitucionalmente.

O motivo disso, é que no texto constitucional já está instituído as competências aos entes federados e entidades públicas e mecanismos de cooperação entre estas e o setor privado, com o objetivo de executar as políticas voltadas à garantia da saúde de maneira mais igualitária e universal, sendo, portanto, seu o papel de materializar o direito a saúde aos que necessitam.

Como resultado, tem-se toda uma gama de regras constitucionais e infraconstitucionais que na prática não apresentam completa eficácia ou apresentam eficácia apenas parcial, o que resulta, em ações judiciais que levantam a discussão acerca dos limites e das possibilidades da atuação do Poder Judiciário diante da omissão do Estado em garantir o direito à saúde.

Tais limites e possibilidades garantem, conforme visto no art. 23, Título II, da Constituição Federal, que União, Estados, Distrito Federal e Municípios providenciem integralmente a tutela adequada do direito à saúde, garantindo, à população desprovida de recursos financeiros, acesso ao tratamento médico, internação hospitalar e medicação necessária para a cura doenças, em especial as mais graves, sem que isso implique divisão de

obrigações ou competências entre os mesmos tendo como base o respeito aos princípios citados no texto como a dignidade da pessoa humana, universalidade e igualdade.

Por outro lado, quando o Estado não atende aos anseios da sociedade, ele possibilita essa judicialização, como é o caso da saúde, foco do presente estudo. Logo, quanto à judicialização da saúde, tanto quanto direito social e, principalmente quanto ao direito individual, têm-se como principais argumentos as questões da alteração do arranjo institucional concedido na Constituição federal de 1988: 1) que outorgou a competência para a administração, ao Poder Executivo, a quem cabe promover as políticas públicas; 2) a questão da legitimidade democrática que seria desrespeitada em decorrência da retirada dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos, que equivale a uma interferência na competência do poder legislativo; 3) uma desorganização da Administração Pública por causa da transferência de recursos de um setor para outro no intuito de atender as decisões judiciais; 4) a abordagem individualista dos problemas sociais por parte do Judiciário, o que representaria, conforme análise econômica do direito, o emprego irracional dos recursos públicos; 5) o privilégio daqueles que ingressam no Judiciário em detrimento daqueles que não fazem o que configuraria o desrespeito ao princípio da igualdade e, por fim, 6) a questão da deficiência técnica dos juízes quanto aos aspectos médicos científicos.

A partir de então, viu-se que, ainda que a saúde caracterizada como direito social garantida constitucionalmente no Estado Democrático de Direito, quando tratada de maneira individual, corre-se o risco de perder esta sua premissa social e adquirir o aspecto individual, e, sobrecarregar o Poder Judiciário com ações tais como o acesso e custeio de medicamentos e tratamentos, conforme ocorrido com a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) no Brasil, a partir da década de 1980, objeto do estudo de caso proposto pela presente dissertação.

No que tange ao estudo de caso, o termo “emblemático” utilizado no título do capítulo constante no presente trabalho foi escolhido diante de todo o processo de movimentos sociais aliados à busca pela concretização do direito à saúde em seu conceito mais completo: bem-estar físico, mental e social, o que incluiu, principalmente, a luta contra o preconceito e a discriminação quando do surgimento da doença no Brasil, na década de 1980.

Assim, devido a grande atuação dos movimentos civis e sociais, inclusive e principalmente o movimento dos homossexuais, proporcionado pelas mais variadas ONGs e aliada às instituições públicas e privadas que desencadeou a luta, não somente contra o preconceito, mas também pelas necessidades básicas cotidianas dos portadores de AIDS,

como reivindicação por medicamento, leitos, internações, planos de saúde, escolas etc., foi o grande marco que definiu claramente a saúde enquanto direito social tratada de forma individual, pois tinha como pressuposto o reconhecimento e a garantia do direito fundamental à vida.

Nesse contexto surgiram, então, as demandas das ações do movimento de luta dos portadores de AIDS, tanto no cenário jurídico e político, baseado nos princípios de justiça social e de equidade de direitos quanto no simbólico cenário contra homofobia, racismo, marginalidade e morte civil que resultou, inclusive, na Declaração dos Direitos Fundamentais das Pessoas Portadoras do vírus da AIDS, em 1989, que fez história ao sintetizar as principais violações de direitos constitucionais sofridas por portadores do vírus HIV: 1) sigilo, privacidade e intimidade; 2) liberdade; 3) informação; 4) assistência e tratamento; 5) participação social (educação, trabalho e lazer); 6) controle do sangue, hemoderivados e tecidos; 7) proibição de testagem compulsória; 8) direitos reprodutivos; 9) direito a receber sangue, hemoderivados e tecidos, quando necessário e 10) direito à família, ressaltando o fato de ser a declaração uma nova forma de reivindicar velhos preceitos constitucionais.

Além disso, os movimentos sociais organizados pelas ONGs, aliados às instituições públicas e privadas estabeleceram três estratégias que foram utilizadas para resgatar a cidadania negada aos portadores da doença naquela época, que foram: 1) a judicialização das demandas relacionadas a AIDS; 2) *lobby* legislativo (grupo de pressão em favor da causa) e 3) as campanhas educativas de conscientização de direitos.

Todos esses direitos e estratégias conquistadas ressaltam o caso da AIDS como marco na busca da concretização da responsabilidade do Estado em garantir a saúde aos seus cidadãos, seja ela na forma de acesso a medicamentos e tratamento ou na prevenção.

Diante disso, no que se refere à atuação do Poder Judiciário no caso em questão, viu-se que o fornecimento dos antirretrovirais utilizados no tratamento da doença fornecido pelo SUS foi à época item importante da judicialização das demandas individuais relacionadas à AIDS no Brasil, o que ressalta o aspecto positivo de todo o processo de judicialização da saúde discutido no presente estudo.

Outro ponto positivo no caso da AIDS foi de que o direito a saúde não pode ser tratado somente como direito ao acesso à medicina curativa, mas sim como acesso à medicina preventiva, através de políticas públicas voltadas para a educação, o saneamento básico e a alimentação saudável, o que certamente representa um papel fundamental para conter os gastos excessivos do Estado no tratamento da doença, uma vez que tratar a doença já instalada demanda, com certeza, mais recursos.

Diante de todos os argumentos apresentados, não há dúvidas de que o alto custo dos tratamentos de doenças para a grande parte da população é o que faz com que o Poder Judiciário seja o caminho encontrado pelas pessoas para obter acesso a medicamentos, tratamentos médicos e, assim, sanar a ineficiência do SUS nos casos concretos e, diante de tal procura, pode-se observar que, na grande maioria dos casos, é comum o juiz conceder liminar ou a tutela antecipada logo em primeira instância, onde o processo é iniciado, principalmente com base nos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, o que reforça a saúde enquanto direito fundamental em seus aspectos social e individual.

Conclui-se, portanto, sem querer esgotar o tema aqui apresentado, que o direito fundamental à saúde, quando não garantido pelos entes estatais, que são no Estado Democrático de Direito, o responsável pela definição e execução de políticas públicas, leva o cidadão a uma atuação individual junto ao Poder Judiciário, que assume o papel de concretizá-la, em observância aos princípios assegurados no texto constitucional.

O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais era, e continua sendo, conferir aos programas de ações do Estado, isto é das políticas públicas, papel fundamental para sua concretização, ressaltando que, quando decidem, estão totalmente descompromissados com qualquer critério de distribuição de recursos.

As decisões individuais mostram-se coerentes com a valoração da vida, superando critérios econômicos e as questões orçamentárias do Estado, o que justifica positivamente as decisões individuais na área da saúde. Isto não quer dizer que a judicialização deva ser vista como única e primeira forma de ter seus direitos garantidos, mas, diante de todo o estudo apresentado, não resta dúvidas que, visando o princípio da dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário pode – e deve – chamar o Estado à sua obrigação e garantir o direito fundamental a saúde no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALTH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. 2006. 458f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/cys/id:442278>>. Acesso em: 11 set. 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037&revista_caderno=9>. Acesso em: 10 set 2012.

ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

AYRES, José Ricardo. *Sobre o risco: para compreender a epidemiologia*. São Paulo: Hucitec, 1997.

BACELLAR, Roberto Portugal. O poder paralelo e o Judiciário. Quando a Justiça falha, a violência não tarda. *Novos Rumos*. Órgão Oficial da Associação dos Magistrados do Paraná, n. 76, p. 2. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, 34/11, abr- jun 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERLINGUER, Giovanne. *Medicina e política*. 3 ed. São Paulo: Hucitec, 1987.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro, Campus, 2000.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer – Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Felipe Dezorzi. A legitimidade passiva da União para as ações de tutelas de saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2969, 18 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19796>>. Acesso em: 08 out. 2012.

BRASIL. Lei no. 8142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação comunitária da gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 29 dez. 1990.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *SUS: avanços e desafios*. Brasília: CONASS, 2006.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e AIDS. *Direitos Humanos e HIV/AIDS: avanços e perspectivas para o enfrentamento da epidemia no Brasil*. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e AIDS. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e AIDS. *O remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: Ministério da Saúde. 2005.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/18080.htm>>. Acesso em: 11 set. 2012.

_____. *Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/18080.htm>>. Acesso em: 11 set. 2012.

_____. *Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação comunitária da gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 29 dez. 1990. Acesso em: 11 set. 2012.

_____. Ministério da Saúde. *Política do Programa Nacional: política do tratamento*. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. Ministério da Saúde. *Brasil é o mais avançado da América Latina em legislação de propriedade industrial que beneficiam a saúde pública*. Disponível em: <<http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias>>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. Ministério da Saúde. *Programa Nacional de DST e AIDS*. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

BUSS, Paulo Mairorchi. Promoção da saúde e qualidade de vida. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 5, n. 1, p. 163-177, 2000.

CÂMARA, Cristina. Articulações entre Governo e Sociedade Civil: um diferencial na resposta brasileira à AIDS. *Impulso Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba, v. 13, n. 32, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo versus governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 30, 2000.

CAMPOS, S. L. F. *A responsabilidade na gestão da saúde pública*. 2006. 86f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/cys/>>. Acesso em: 11 set. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 2002.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO, Antônio Ivo. Da saúde pública às políticas saudáveis: saúde e cidadania na pós modernidade. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 1, n. 1, p. 104-121, 1996.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado de. *Colisão de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez. 2008.

CASTELLANOS, Pedro Luís. Epidemiologia, saúde pública, situação de saúde e condições de vida: considerações conceituais. In: BARATA, R. B (Org.). *Saúde e movimento: condições de vida e situação de saúde*. Rio de Janeiro: Abrasco, 1997.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, 1997.

CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Lorena Bernadete da. *Respostas aos desafios da AIDS no Brasil: limites e possibilidades*. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2005.

CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. v. 1. 5 ed. Lisboa, 2000.

COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; ALMEIDA FILHO, Naomar de. Conceitos de saúde em discursos contemporâneos de referência científica. *História, Ciências, Saúde, Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 315-330, maio-ago. 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coleção teses. Coimbra: Editora Almedina, Coimbra, 1987.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível*. Leituras Complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

DALLARI, S. G. O direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Fundamentais das Pessoas Portadoras do Vírus da Aids. *Boletim ABIA*, Rio de Janeiro, n. 9, nov. 1989. Disponível em: <<http://www.abia.org.br>>. Acesso em: 24 out. 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

FARIA, José Eduardo. O Supremo e a judicialização da política. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 6 nov. 1999.

FARIA, José Eduardo (org). *Direitos humanos, direito sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, a. 1, n. 1, p. 91-126, 2003.

GALVÃO, Jane. *AIDS no Brasil: agenda de construção de uma epidemia*. Rio de Janeiro: ABIA, 2000.

_____. A política brasileira da distribuição e produção de medicamentos antirretrovirais: privilégio ou direito? *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, 2002.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. *BDJur*, Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça. 2008, 57p. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16694>>. Acesso em: 08 out. 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. *Introdução ao direito processual constitucional*. São Paulo: Síntese, 1999.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 3 set. 2012.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. v. 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

LEAVELL, Hugh; CLARCK, Gurney. *Medicina preventiva*. São Paulo: McGraw-Hill, 1976.

LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. São Paulo: Manole, 2007.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003, p. 02. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666>>. Acesso em: 21 ago. 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional: curso de direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de direitos fundamentais: teoria geral*. Universidade Carlos III de Madri. Madri: Boletim Oficial do Estado, 1999.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editores Malheiros, 2001.

MELLO, Celso de Mello. *Boletim de Direito Administrativo*. Ago. 2001.

MELO, André Luís Alves de. A judicialização do Estado brasileiro, um caminho antidemocrático e monopolista. Teresina. *Jus Navigandi*, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2408>>. Acesso em: 04 out. 2012.

MENDES, Eugenio Vilaça. *Uma agenda para a saúde*. São Paulo, Hucitec, 1996.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002, p. 02. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de agosto de 2012.

MENDES, Soraia da Rosa. *AIDS e direitos fundamentais: estratégias jurídicas de efetivação dos direitos fundamentais de pessoas que (com)vivem com HIV*. Porto Alegre: GAPA/RS, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição como democracia*. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Curitiba, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NASCIMENTO, Paulo Roberto do. *Espaços de deliberação democrática no SUS e discussão sobre a universalidade de direitos*. 2006. 174 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/cys/id:442262>>. Acesso em: 11 set. 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008.

ORDACGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

PARKER, Richard (Org.). *Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor/ABIA, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul/dez 2008.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

REALE, Miguel. Um brasileiro do século. Entrevista. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 4 nov. 2000.

RESENDE, Vera Lúcia Pereira. *Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988*. 2006. 150 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Fieo, Osasco, 2006.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SCHEFFER, Mário. A judicialização dos antirretrovirais no Brasil. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Programa Nacional de DST e AIDS*. Direitos Humanos e HIV/AIDS: avanços e

perspectivas para o enfrentamento da epidemia no Brasil. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e AIDS. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Lenir. Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 821, 2 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7378>>. Acesso em: 7 set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, n. 10, jan. 2002, p. 91. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 abr. 2012.

_____. *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre, vol. I tomo I, 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAÚDE E MEIO AMBIENTE. *Intersetorialidade*. OPAS/2004.

SCHNEIDER, Volker. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2005.

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

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista Saúde Pública*, v. 31, n. 5, p. 538-42, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 61, 01/02/2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em: 09 abr. 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SPITZCOVSKY, Celso. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1053, 20 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8382>>. Acesso em: 10 set. 2012.

TEIXEIRA, Ariosto. *A judicialização da política no Brasil (1990-1996)*. 1997. Dissertação (Mestrado) – UnB, Brasília, 1997.

TEIXEIRA, Paulo Roberto. Políticas Públicas em AIDS. *In: PARKER, Richard (Org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil*.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa agência reguladoras. *In: Alexandre de Moraes (org.). Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. *A importância do constitucionalismo na realização dos Direitos Fundamentais*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, UNISINOS, 2003, São Leopoldo.

VENTURA, Mirian da Silva. Assessorias jurídicas das ONGs/AIDS e sua contribuição para a efetivação dos direitos das pessoas que vivem com HIV/AIDS no Brasil. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.