



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

**REGINA MARIANA ARAUJO ERMEL**

**O DIREITO À SAÚDE: a medida do dever do Estado de fornecer  
medicamentos de dispensação excepcional à sociedade sob a ótica do  
desenvolvimento**

**NATAL  
2008**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

REGINA MARIANA ARAUJO ERMEL

O DIREITO À SAÚDE: a medida do dever do Estado de fornecer  
medicamentos de dispensação excepcional à sociedade sob a ótica do  
desenvolvimento

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação  
em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do  
Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre  
em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Fabiano André de Souza Mendonça

NATAL  
2008



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO

Título: “O DIREITO À SAÚDE: A MEDIDA DO DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL À SOCIEDADE SOB A ÓTICA DO DESENVOLVIMENTO”.

Mestrando(a): REGINA MARIANA ARAUJO ERMEL

Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada em 11/09/08 pela Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Doutor. Fabiano André de Souza Mendonça - UFRN  
Presidente

---

Prof. Doutor. Yara Maria Pereira Gurgel - UNP  
1º Examinador

---

Prof. Doutor. Artur Cortez Bonifácio - UFRN  
2º Examinador

Natal(RN)  
Setembro/2008



Termo de Autorização para Publicação de Teses e Dissertações Eletrônicas (TOE) na  
**Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD)**

Na qualidade de titular dos direitos de autor da publicação, autorizo a UFRN a disponibilizar através do site <http://bdttd.bczm.ufrn.br/teedesimplificado> sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei nº 9610/98, o texto integral da obra abaixo citada, conforme permissões assinaladas, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data: \_\_\_\_\_

**1. Identificação do material informacional:**                      ( ) Tese                      ( ) Dissertação

2. Identificação da Tese ou Dissertação:

Autor: \_\_\_\_\_ CPF: \_\_\_\_\_

**Orientador:** \_\_\_\_\_ **CPF:** \_\_\_\_\_

**Co-Orientador:** \_\_\_\_\_ **CPF:** \_\_\_\_\_

Membro da Banca: \_\_\_\_\_ **CPF:** \_\_\_\_\_

Membro da Banca: \_\_\_\_\_ **CPF:** \_\_\_\_\_

**Data de Defesa:** \_\_\_\_\_ **Titulação:** \_\_\_\_\_

**Título:** \_\_\_\_\_

**Instituição de Defesa:** Universidade Federal do Rio Grande do Norte/UFRN    **CNPJ:** 24.365.710/0001-83

**Afiliação: (Instituição de vínculo empregatício do autor):** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **CNPJ:** \_\_\_\_\_

**Palavras-chave:**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**3. Agência de fomento:**

**4. Informação de acesso ao documento:**

**Liberação para publicação:**                      ( ) Total                      ( ) Parcial

**Em caso de publicação parcial, especifique o(s) arquivo(s) restrito(s):**

**Arquivo (s) Capítulo (s). Especifique:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Assinatura do autor

\_\_\_\_\_ Data

Havendo concordância com a publicação eletrônica, toma-se imprescindível o envio em formato digital da tese ou dissertação.



## AGRADECIMENTOS

Últimos escritos do presente trabalho, mas talvez os mais difíceis, principalmente para aqueles que não sabem exatamente como expressar os seus sentimentos... Mas vamos lá... Num primeiro momento, impossível deixar de agradecer a Deus, autor primeiro desse momento tão importante em minha vida. Sem ele guiando os meus passos diariamente, certamente não estaria realizando esse sonho...

Também não posso esquecer dos que, mesmo não estando mais aqui, não deixaram de atender aos meus pedidos e me aconselharam quando estive perdida.

Preciso agradecer à Universidade Federal do Rio Grande do Norte por ter me acolhido por mais de sete anos ininterruptos, por ter me formado, por ter fornecido a base para que eu possa crescer enquanto profissional. Nesse contexto está Fabiano, meu professor desde os tempos da Graduação e orientador desta pesquisa. Ele é o responsável por me fazer descobrir o Direito e a minha vocação. Também não posso deixar de agradecer ao Programa de Pós-Graduação da UFRN, a todos os professores e funcionários. Todos, com um trabalho permeado pelo esmero, cada um na sua medida, ajudaram-me a iniciar o caminho do conhecimento. Espero, sinceramente, não parar por aqui...

Preciso agradecer aos meus pais, a minha família, pelo carinho, pelos ensinamentos de vida... Sem eles, também tenho a certeza de que não conseguiria... Ademais, no momento certo, eles vão perceber o quão importante, para mim, foi cursar o mestrado nesse momento...

Preciso agradecer a Anacleto pela compreensão ao me dividir com pilhas e pilhas de livros, pelo incentivo nos momentos de cansaço, mas, principalmente, pelo amor que tem me dedicado, pelo companheirismo sempre constante, por acreditar em mim. Ele sabe que esse é o primeiro passo de tudo o que vamos construir juntos ao longo das nossas vidas, de tudo o que desejamos.

Por último, mas sem obedecer a qualquer critério de importância, preciso agradecer as minhas amigas, principalmente Lizziane e Mariana, companheiras de Graduação, Mestrado e de sonhos...

Enfim, gostaria de agradecer a todos que contribuíram para a materialização deste trabalho, a exemplo de Glauce e Amanda... Muito obrigada

## RESUMO

É fato que os direitos fundamentais do cidadão vão sendo reconhecidos e garantidos pelo Estado ao longo do tempo, independentemente da crença que se tenha se tais direitos sempre fizeram parte do patrimônio subjetivo dos indivíduos, ou se vão sendo agregados durante o percurso da história humana. Em sendo assim, surgiram os direitos de liberdade dos homens e, posteriormente, os direitos capazes de criar uma situação de igualdade material entre os mesmos, os chamados direitos sociais. Por sua vez, tais direitos denominados de sociais, para serem concretizados necessitam de uma atuação positiva por parte do Estado, mais precisamente por parte do poder estatal cuja função é gerir o dinheiro público e criar políticas de concretização dos direitos fundamentais. Diante disso, em atenção ao direito à saúde, foi criado o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, o qual tem como finalidade fornecer medicamentos de alto custo aos cidadãos brasileiros portadores de doenças graves, tal como o Mal de Alzheimer e a Hepatite C. Ainda em relação ao programa, o mesmo estabelece de forma taxativa quais serão os medicamentos que serão oferecidos nessas situações, bem como não contempla um meio de atualização da aludida lista capaz de acompanhar os avanços da medicina que tiverem havido no campo de interesse do programa. Em face disso, no presente momento faz-se necessário mencionar o reconhecimento de outro direito fundamental: o direito ao desenvolvimento, sendo esse o direito de acesso a tais ações positivas que devem ser concretizadas pelo Estado, as quais nada mais são do que políticas públicas, gênero do qual o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional é espécie. Assim, através da pesquisa na legislação e na doutrina atinente ao tema, o presente trabalho tem por intuito analisar a medida do dever do Estado em fornecer medicamentos de dispensação excepcional. Mais especificamente, se o Estado, em atenção ao direito ao desenvolvimento e a própria concretização do direito à saúde, pode realmente elencar



taxativamente os medicamentos a serem fornecidos por ele próprio, bem como quais são elementos balizadores dessa escolha e a forma de controle da mesma.

**PALAVRAS CHAVES:** Saúde e Desenvolvimento; Políticas Públicas; Controle;

## ABSTRACT

It is a fact that the fundamental rights of citizens are being recognized and guaranteed by the state over time, regardless of the belief that if these rights has always been part of the heritage of subjective individuals, or whether they will be aggregated during the course of human history. In that, emerged the rights of freedom of men and, subsequently, the rights to create a situation of equality between the humans, the so-called social rights. In turn, as these rights known as social, to be implemented, need a positive action by the state, more precisely by the state power whose function is to manage public money and create policies for implementation of fundamental rights. Given this, pay attention to the right to health, was created the Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, which aims to provide high-cost medicines to citizens Brazilian carriers of serious diseases, such as Alzheimer's and Mal Hepatitis C. Also on the program, it provides a way which will be mandatory that the drugs will be offered in such situations, and does not include a means of updating the list predicted able to monitor the progress of medicine that have been in the interest of the program. Given that, at present it is necessary to mention the recognition of another fundamental right: the right to development, which is the right of access to positive actions being implemented by the State, which are nothing more than public policy, gender which the Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional is kind. Thus, through the search in legislation and doctrine in relation to the theme, this work has the aim to examine the extent of the state to provide exceptional dispensing of medicines. Specifically, if the State in attention to the right to development and the implementation of the right to health, can really list exhaustively the drugs to be provided by the State, and what are the elements guiding this choice and how to control the same.

**KEY WORDS:** Health and Development; Public Policy; Control;

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	15
2.1 EM BUSCA DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.2 ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
2.4 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E OS DIREITOS SOCIAIS: UMA LIGAÇÃO IMANENTE	35
2.5 ÓRGÃOS E TRATADOS INTERNACIONAIS PROTETIVOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	43
<b>3 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988</b>	52
3.1 UMA ANÁLISE ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS	52
3.2 DO RECONHECIMENTO DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 AO CONCEITO ATUAL DE SAÚDE	60
3.3 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DA NORMA DEFINIDORA DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	65
3.4 UM ENFOQUE CONSTITUCIONAL ACERCA DA SAÚDE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS	77
<b>4 O CASO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL</b>	83
4.1 O PROGRAMA DE MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL	85
4.2 A ATUAÇÃO ESTATAL ANTE O AVANÇO DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS NO QUE TANGE À CRIAÇÃO DE NOVOS MEDICAMENTOS PARA A CURA DE DOENÇAS	87
<b>5. ASPECTOS JURÍDICOS DA ATUAÇÃO ESTATAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL À SOCIEDADE</b>	94
5.1 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	94
5.2 DISCRICIONARIEDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	100

5.3 OS PRINCÍPIOS SETORIAIS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A MEDIDA DO DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL À SOCIEDADE.....	111
5.4 FORMAS E POSSIBILIDADES DE CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	117
5.5 O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTÂNCIA CONCRETIZADORA DOS DIREITOS SOCIAIS: HÁ POSSIBILIDADE DE CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR PARTE DESSE PODER?.....	124
<b>6 A POSSIBILIDADE, DIANTE DA NECESSIDADE, DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS IMPLEMENTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO QUE TANGE AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: UMA NOVA VISÃO EM FACE DOS ANTIGOS LIMITADORES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL.....</b>	<b>131</b>
6.1 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS ANTE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	131
6.2 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS ANTE A RESERVA DO POSSÍVEL E A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA.....	139
6.3 A QUESTÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO LIMITE À ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA DO ESTADO NO QUE TANGE AO CASO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.....	148
6.4 OS CAMINHOS PELOS QUAIS O JUDICIÁRIO PODE EFETUAR O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DAS AÇÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS.....	154
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>169</b>
<b>8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>174</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Tomando como marco a Constituição mexicana de 1917<sup>1</sup> e a Constituição de Weimar de 1919<sup>2</sup>, tem-se que essas foram as primeiras a reconhecer os chamados direitos sociais do homem.

A partir daí inúmeras outras constituições agiram dessa mesma forma, de modo que com o Brasil não poderia deixar de ser diferente. Sendo assim, no ano de 1988 foi promulgada a atual Constituição brasileira, a qual, dentre outros, reconhece o direito à saúde em seu artigo sexto.

Um elemento que caracteriza essa gama de direitos diz respeito ao fato de os mesmos necessitarem, sobremaneira<sup>3</sup>, da implementação de prestações positivas por parte do Estado para serem concretizados.

Em face desse caráter prestacional, o povo brasileiro tem se deparado constantemente com a inefetividade que ronda as normas constitucionais reconhecedoras dos direitos sociais.

As constituições que trazem em seu corpo o reconhecimento de direitos como educação, saúde, lazer, têm as normas que asseguram tais direitos sendo vistas como meros programas a serem postos em prática pelo Estado apenas num futuro não determinado.

Não haveria, em primeiro plano, a obrigatoriedade imediata de uma atuação positiva que visasse assegurar tais direitos, de modo que o estudo e o debate sobre a eficácia,

---

<sup>1</sup> Constituição mexicana de 1917. Disponível em: [www.latinamericanstudies.org/mexico/1917-Constitution.htm](http://www.latinamericanstudies.org/mexico/1917-Constitution.htm). Último acesso em 14 de julho de 2008.

<sup>2</sup> Constituição alemã de 1919. Disponível em: [www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php). Último acesso em 14 de julho de 2008.

<sup>3</sup> A distinção dos direitos fundamentais em direitos individuais e direitos sociais levando em consideração que os primeiros são direitos que necessitam de abstenções do Estado e os segundos são os que precisam da implementação de prestações positivas por parte desse não é perfeita, consoante será demonstrado no terceiro capítulo do presente estudo. Desse modo existem direitos sociais que necessitam de abstenções do Estado para serem concretizados, ao passo que também existem direitos individuais que precisam da atuação estatal para se tornarem efetivos. Contudo, os direitos sociais são os que especialmente exigem uma prestação estatal para serem implementados.

efetividade e meios de concretização dos direitos sociais têm figurado como questão da maior importância.

No caso do direito à saúde, o mesmo é reconhecido na Constituição Federal brasileira vigente no cerne de seu artigo sexto. Por sua vez, no art. 196, a nossa Carta Magna determina que tal direito deve ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas.

Vê-se, portanto, que em vigorando o pensamento acima exposto, a sociedade brasileira irá padecer com a ausência de prestações positivas intentando assegurar o predito direito.

Ocorre que, de acordo com o pensamento constitucional mais elaborado, não há como se admitir que normas constitucionais sejam vistas apenas como diretrizes a serem alcançadas pelo Estado num tempo futuro, sem o menor planejamento de concretização.

Nesse sentido, uma das políticas adotadas pelo Estado brasileiro foi o Programa de Medicamento de Dispensação Excepcional, o qual, grosso modo, visa garantir o fornecimento de medicamentos de alto custo em atenção às doenças graves.

Contudo, tal programa, ao escolher as doenças que iriam constituir o seu objeto, relacionou taxativamente quais os medicamentos que poderiam ser fornecidos gratuitamente à população, sem, no entanto, estabelecer um mecanismo célere e de uso contínuo de atualização da lista criada.

Diante desse quadro fático, surgem as seguintes questões: pode o Poder Público especificar taxativamente os medicamentos a serem utilizados nos tratamentos contra doenças graves? Não podem os médicos receitar as substâncias mais recentemente descobertas e mais eficazes na cura de doenças, as quais, porventura, possam encontrar-se fora da lista criada pelo Executivo, cabendo a esse fornecer qualquer medicamento sempre que requerido? Como o Poder Judiciário deve agir em face dessa situação?

Nesse momento, vale salientar que além dos direitos sociais, os chamados direitos de solidariedade também vêm sendo reconhecidos pelo Direito e dentre esses se encontra o direito ao desenvolvimento.

De antemão, é preciso mencionar que o termo 'desenvolvimento' implica em melhoria das condições de vida dos cidadãos, a qual só acontece de maneira veemente por meio da implementação dos direitos sociais.

De tal sorte, o direito ao desenvolvimento pode ser visto como o direito à implementação dos direitos sociais. Com base nisso, considerando que os direitos sociais apenas se concretizam por meio de ações positivas por parte do Estado, o direito ao desenvolvimento consubstancia-se no direito a essas ações positivas, as quais nada mais são do que as políticas públicas.

De posse dessas novas informações, as quais permeiam todo o teor do presente trabalho, as questões anteriores ganham novos contornos, surgindo da seguinte forma: pode o Poder Público especificar taxativamente os medicamentos a serem utilizados nos tratamentos contra doenças graves? Não podem os médicos receitar as substâncias mais recentemente descobertas e mais eficazes na cura doenças, as quais, porventura, possam encontrar-se fora da lista criada pelo Executivo, cabendo a esse fornecer qualquer medicamento sempre que requerido? Como tratar essa situação diante do direito ao desenvolvimento? O Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional é um meio de propagar o desenvolvimento? Como a sociedade deve portar-se? Como o Poder Judiciário deve agir em face dessas situações?

Desta feita, a análise destes questionamentos constitui-se no objeto do presente trabalho. Portanto, para cumprir os fins perquiridos por esta pesquisa, a mesma detém caráter bibliográfico e documental, de modo tanto indutivo quanto dedutivo, fundamentado na

doutrina da Teoria da Constituição, do Direito Constitucional Brasileiro, bem como na legislação vigente.

Para tanto, inicialmente, será feita uma análise do que sejam, em essência, os direitos fundamentais, observando a evolução histórica de seu reconhecimento tanto no âmbito das mais relevantes constituições, como também dos documentos internacionais. Todavia, considerando os objetivos do presente trabalho, uma análise da ligação entre direito ao desenvolvimento e direitos sociais não pode deixar de ser feita.

No capítulo seguinte será levado a termo um estudo acerca do caráter prestacional dos direitos sociais, o qual pode terminar por implicar no reconhecimento da inefetividade dos mesmos. Feito isso, a pesquisa afunila-se, tomando para si, dentre os direitos sociais, apenas o direito à saúde. Então, será realizada uma abordagem do referido direito na Constituição Federal de 1988, a qual não poderia deixar de passar pela análise da sua eficácia e efetividade. Quando do estudo da efetividade do direito à saúde, será feito um paralelo com o direito ao desenvolvimento, implicando na descoberta de como realmente o direito à saúde deve acontecer.

No próximo momento, o trabalho volta-se para o seu momento prático, estudando a realidade do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, através da escolha de duas doenças contempladas no mesmo, quais sejam elas o Mal de Alzheimer e a Hepatite C. Tal estudo servirá de base para análise seguinte sobre se o referido programa atende aos contornos constitucionais dados ao direito à saúde e ao direito ao desenvolvimento.

Em seguida, considerando que o referido programa constitui-se numa política pública, será feito um estudo acerca do que seja uma política pública e dos elementos balizadores da mesma. Feito isto, tendo a partir de agora o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional como substrato da pesquisa, serão analisados os meios existentes de controle de uma política pública quando a mesma não se mostrar dentro dos limites dos



referidos elementos, sendo levantada a possibilidade de controle a ser exercido pelo Poder Judiciário.

Dando continuidade à pesquisa, será feito um estudo dos motivos que outrora figuravam como elementos impeditivos da realização do controle jurisdicional das políticas públicas, quais sejam eles o princípio da separação dos poderes e a questão da reserva do possível. O objetivo é saber se os mesmos ainda continuam exercendo as mesmas funções.

Ainda nesse capítulo, chegado a um posicionamento no que tange as políticas públicas, materializadas no presente estudo pelo programa mencionado, será explicitado como esse controle pode ser realizado.

Por fim, e embora o raciocínio construído no presente estudo não apresente uma estrutura linear, mas sim circular, chega-se a uma recapitulação conclusiva do que foi dito anteriormente.

Desenvolvido todo o raciocínio descrito, alcançando-se a falada recapitulação, almeja-se não encontrar respostas fechadas para os questionamentos anteriormente mencionados, mas sim desencadear o debate e, a partir dele, encontrar respostas mais satisfatórias para a nossa problemática, objetivando sempre a concretização dos direitos fundamentais e uma melhor qualidade de vida para os cidadãos brasileiros.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 EM BUSCA DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Saber o que algo representa em essência é deveras dificultoso. E isso não poderia ser diferente com os direitos fundamentais. O que, na verdade, é um direito fundamental? O que é ter um direito fundamental? O que é ter um direito?

Tomando como ponto inicial o aspecto semântico, apenas o vocábulo ‘direito’, por si só, já comporta diversas acepções, sendo considerada uma palavra de caráter plurívoco-analógica, uma vez que possui uma pluralidade de conceitos análogos, não unívocos. Ainda, não raras vezes, vê atribuídos a si diversos outros termos que lhe dão outros novos sentidos, tendo como exemplos as expressões ‘direito público’, ‘direito privado’, ‘direito objetivo’, ‘direito subjetivo’.

Tomando o binômio direito objetivo/direito subjetivo, tem-se que a primeira expressão pode ser entendida como a norma jurídica<sup>4</sup> em si. Por sua vez, o direito em sentido subjetivo, de forma genérica, diz respeito ao que é atribuído na norma em favor de alguém<sup>5</sup>.

Segundo Pontes de Miranda, na verdade,

“o direito subjetivo foi abstração, a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos. A regra jurídica é objetiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana de vantajoso, é direito, já aqui subjetivo, porque se observa do lado desse alguém, que é titular dele<sup>6</sup>”.

Fazendo uso da palavra direito em sentido subjetivo juntamente com a palavra fundamental, pode-se depreender que os direitos fundamentais são uma espécie do gênero

---

<sup>4</sup> Deve-se ter o cuidado para não se confundir o texto normativo com a norma jurídica. Essa se extrai do processo interpretativo realizado em face daquele.

<sup>5</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 147.

<sup>6</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. Campinas: Bookseller, 1998. V.1, p. 46.

‘direito subjetivo’. Diferem dos demais, os ditos direitos não-fundamentais, justamente pela sua qualidade de ser fundamental<sup>7</sup>.

Inicial e dogmaticamente, pode-se dizer que os direitos fundamentais são atribuições feitas ao homem, em virtude da norma jurídica, que, por sua essência, são necessários de alguma forma ao homem, sendo esse visto em sua generalidade.

Ocorre que tentar conhecer algo apenas pelo significado da palavra que o representa parece não surtir efeitos em relação aos direitos fundamentais, até porque existem inúmeras outras expressões utilizadas para representar o conteúdo material da expressão ‘direito fundamental’, inclusive o termo ‘direito subjetivo público’. Ao lado desses, temos ainda ‘direitos do homem’, ‘direitos dos povos’, ‘liberdades públicas’, ‘direitos da personalidade’.

A idéia de direito subjetivo público surgiu na Alemanha, em meados do séc. XIX, e é utilizada para representar os direitos do homem concedidos pelo Estado e que devem ser garantidos por ele, sendo atribuídos por normas de direito público<sup>8</sup>.

Vê-se que com essa expressão é dada ênfase à soberania do Estado e à idéia de direitos como sendo algo decorrente da permissividade desse.

Já a expressão ‘direitos do homem’ radica da idéia de direito natural, remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e é constantemente utilizada uma vez que implica na idéia clara de direitos inatos pertencentes aos homens em sua essência. Independe, portanto, do direito objetivo que os reconheça. É o termo adotado no âmbito internacional com o intuito de diferenciar os direitos dos homens dos direitos dos Estados<sup>9</sup>.

Em relação à expressão ‘direitos dos povos’, essa é utilizada em complementação aos direitos do homem na esfera internacional. Nesse conceito são levadas em consideração a

---

<sup>7</sup> MARTINS NETO, João de Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003, p. 78.

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. T IV, p. 33-34.

<sup>9</sup> *Idem. Ibidem*, p. 49-51.

realidade dos países do chamado terceiro mundo, bem como a relação desigual existente entre os homens conformadores da mesma humanidade<sup>10</sup>.

Passando ao termo ‘liberdades públicas’, o mesmo diz respeito aos direitos de cunho negativo do homem ante o Estado<sup>11</sup>.

Os direitos da personalidade, por sua vez, fazem alusão aos direitos do homem, os quais têm lugar apenas pelo fato do homem ser assim considerado. Têm origem com a própria existência do homem<sup>12</sup>, restringindo-se apenas à sua esfera física, moral e psíquica.

Contudo, tais expressões, embora tenham alguma ligação com os direitos fundamentais, com eles não se confundem, de modo que não podem ser utilizadas como sinônimos dos direitos fundamentais.

É preciso caminhar um pouco mais em busca do real conteúdo material da expressão ‘direito fundamental’.

Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade aduz que aquilo que se pode chamar de direito fundamental pode ser considerado em três perspectivas<sup>13</sup>.

A primeira delas constitui-se em uma perspectiva filosófica, trazendo os direitos fundamentais como sendo os direitos essenciais de todos os homens em todos os tempos e em todos os lugares<sup>14</sup>. Dentro dessa linha, os direitos fundamentais têm sua existência determinada desde o início dos tempos, não podendo haver nenhum acréscimo de nenhum direito ao grupo já existente.

Trata-se aqui dos direitos fundamentais equiparando-se aos direitos naturais do homem. São, portanto, anteriores ao Estado e a própria Sociedade. Adotando esse pensamento, são direitos imanentes ao homem considerando sua condição enquanto tal.

---

<sup>10</sup> *Idem. Ibidem*, p. 63.

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 371.

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>13</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 11.

<sup>14</sup> *Idem. Ibidem*, p. 11-15.

Passando para a segunda perspectiva, têm-se os direitos fundamentais numa concepção universalista. Aqui, os direitos fundamentais são direitos essenciais de todos os homens, em todos os lugares. Todavia, existentes apenas em um determinado espaço de tempo<sup>15</sup>.

Por fim, têm-se os direitos fundamentais numa perspectiva constitucional ao se falar que esses são os direitos essenciais dos homens em um determinado espaço de tempo, bem como em um determinado local, ou seja, em determinado Estado específico<sup>16</sup>.

Para J. J. Gomes Canotilho é justamente essa positivação dos direitos fundamentais em uma Constituição que os confere a possibilidade de assim serem chamados. Nesse sentido, conceitua-os como sendo aqueles positivados em determinado Ordenamento Jurídico, em específico, em uma Constituição<sup>17</sup>.

Aqui surge a distinção entre direitos fundamentais e direitos do homem ou direitos dos povos, apresentando esses últimos um caráter mais jusnaturalista, desembocando nos direitos do homem vigentes em toda época e válidos para todos os povos; são os direitos fundamentais na perspectiva filosófica mencionada por José Carlos Vieira de Andrade<sup>18</sup>.

Não se está dizendo que os direitos fundamentais não possuem origem no direito natural, tal qual os direitos do homem. No entanto, esses direitos radicando do que a natureza humana considera essencial, quando positivados em uma constituição, adquirem a feição de direito fundamental.

Assim, é a positivação dos direitos essenciais à natureza do homem em uma Constituição que os diferencia das liberdades públicas francesas, dos direitos subjetivos públicos dos alemães e dos demais conceitos correlatos trazidos inicialmente no presente

---

<sup>15</sup> *Idem. Ibidem*, p. 16-25.

<sup>16</sup> *Idem. Ibidem*, p. 25-30.

<sup>17</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 517.

<sup>18</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 11.

trabalho. Não se trata exatamente de uma distinção material, mas sim de uma distinção formal entre tais conceitos.

Noutro giro, é imperioso dizer que os direitos abraçados por uma Constituição, fazendo-os serem considerados fundamentais, apenas o são dadas as proteções formais e materiais que lhe são conferidas<sup>19</sup>.

Robert Alexy entende ser possível falar em três modelos de Constituição, quais sejam eles: o modelo constitucional formal, o constitucional material e o misto procedimental-material.

No primeiro, a Constituição abraçaria apenas normas referentes à organização e ao procedimento do Estado. No seguinte, a Constituição conteria normas as quais seriam passíveis de regular todas as matérias possíveis, ao menos em tese. Por fim, no último modelo, existiriam na Constituição normas dos dois tipos anteriores<sup>20</sup>.

Por sua vez, adotando-se um Ordenamento Jurídico organizado de forma hierárquica, tal qual acontece no modelo piramidal de Kelsen<sup>21</sup> em que a Constituição localiza-se no topo da estrutura, fazendo uma correlação desse com os limites impostos pelo constituinte originário ao constituinte derivado, no modelo puramente procedimental tais limites são puramente formais.

Já no modelo material, os referidos limites constituem-se em matérias, dizendo respeito à impossibilidade de o constituinte derivado imputar regulação à determinada situação de modo diverso ao que instituiu o originário.

Por fim, no modelo misto, há a presença dos dois tipos de limites. Alemanha, Portugal e Brasil, dentre outros países, adotam esse modelo de Constituição.

Neste contexto, em sendo os direitos fundamentais integrantes da parte material de uma constituição, os mesmos constituem-se em direitos indisponíveis ao constituinte

---

<sup>19</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 354.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri, 2001, p. 503 – 505.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 246 e ss.

derivado<sup>22</sup>. E é essa indisponibilidade que leva à qualidade de fundamental dos direitos em comento.

Tomando como base os limites formais, esses levam à fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, a qual, segundo Canotilho, pode ser vista em quatro dimensões.

A primeira diz respeito ao fato de os direitos fundamentais serem colocados em grau máximo da ordem jurídica. A segunda faz menção ao fato de os direitos fundamentais servirem como limites materiais à atividade revisional do constituinte derivado. A terceira coloca os direitos fundamentais como normas balizadoras para a atividade dos poderes constituídos. Por fim, a última alude ao fato de os direitos fundamentais estarem positivados em normas submetidas a procedimento agravado de revisão<sup>23</sup>.

Passando a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, essa tem lugar haja vista a essencialidade desses para a construção do Estado e da Sociedade<sup>24</sup>.

Para que seja entendida a fundamentalidade material dos direitos fundamentais é preciso fazer uma distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Jorge Miranda leciona que a distinção dos direitos fundamentais em duas vertentes data do aditamento número IX de 1791 à Constituição Americana, uma vez que esse levou a nível constitucional texto de lei onde se lia que o reconhecimento de certos direitos naquele texto não excluía outros possuídos pelo povo<sup>25</sup>.

Em face disso, os direitos fundamentais em sentido formal seriam aqueles expressamente positivados em determinada Constituição<sup>26</sup>. Já os direitos fundamentais em sentido material seriam aqueles não expressos, mas que são extraídos dos positivados, haja

---

<sup>22</sup> MARTINS NETO, João de Passos. *Op. Cit.*, p. 78.

<sup>23</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 354.

<sup>24</sup> *Idem. Ibidem*, p. 354.

<sup>25</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>26</sup> *Idem. Ibidem*, p. 8.

vista a conexão existente entre eles<sup>27</sup>. Daí depreende-se que todas as normas em sentido formal são também materiais. Contudo, a recíproca não é verdadeira.

As constituições são produtos do momento histórico, político, social em que são concretizadas. Ocorre que o contexto em que foram criadas pode sofrer mutações, de sorte que outros direitos fundamentais podem ser reconhecidos.

Em face dessa situação, comumente as constituições trazem dispositivo legal de caráter aberto, o qual traz a possibilidade de a Constituição incluir direitos fundamentais implícitos, direitos fundamentais oriundos de tratados de direitos humanos e mais, de criar outros direitos tidos por fundamentais<sup>28</sup>.

Tais dispositivos legais são chamados de cláusula aberta ou de princípio da não tipicidade, os quais, segundo Canotilho, possibilitam uma “concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional<sup>29</sup>”.

Englobando as concepções materiais e formais dos direitos fundamentais, a lição de Ingo Sarlet é a que se traz neste momento:

*“Os direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam ser equiparados, agregando-se à Constituição material tendo, ou não, assento na Constituição formal<sup>30</sup>”.*

Feitas essas considerações, voltando ao assunto da fundamentalidade material inerente aos direitos fundamentais, é por causa dessa que é possível abrir a Constituição a direitos fundamentais em sentido material.

---

<sup>27</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 79.

<sup>28</sup> No caso brasileiro, a Constituição Federal vigente traz essa cláusula aberta em seu art. 5º, § 2º, o qual apresenta a seguinte redação: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>29</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 356.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 82.



Vê-se, portanto, que a idéia de direito fundamental também está ligada à noção de essencialidade do seu conteúdo. Retomando as perspectivas dos direitos fundamentais, deve-se mencionar as lições de José Carlos Vieira de Andrade, de modo a enfatizar que a perspectiva constitucional dos direitos fundamentais não pode ser considerada isoladamente, sem abarcar, mesmo que em parte, a filosófica e a universalista, uma vez que essas é quem imprimem a relevância do conteúdo dos direitos fundamentais vistos sob a ótica constitucional<sup>31</sup>.

Noutro giro, ao se dizer que a concepção dos direitos fundamentais adotada é a de que os mesmos são os direitos expressos através de normas constitucionais, sejam elas regras ou princípios<sup>32</sup>, não se intenta dizer que os direitos fundamentais são destituídos de valores, mas apenas concretizar a sua força normativa.

Konrad Hesse, ao expor seu pensamento sobre a força normativa da Constituição, explicita que essa idéia de eficácia inerente à Lei Maior apenas será realizada se levadas em consideração as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais existentes em determinado local:

*“Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas<sup>33</sup>”.*

Diante disso, em relação aos direitos fundamentais, os mesmos são expressos através de normas as quais possuem como fundamento um valor. Assim acontece, pois no momento em que a Constituição é determinada pelos valores vigentes na sociedade, ao positivá-los, os mesmos passam a ser normas constitucionais dotadas de força normativa.

---

<sup>31</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>32</sup> Sobre o fato das normas serem o gênero do qual regras e princípios são espécies: ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 81-111.

<sup>33</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1991, p. 7.

José Carlos Vieira de Andrade aduz que dentro dessa concepção, os preceitos constitucionais exprimem opções de valor cultural, implicando no fato de que tais preceitos configuram-se como normas que atribuem certo estatuto aos indivíduos<sup>34</sup>.

Aduz Bruno Galindo que se almejada a eficácia dos direitos fundamentais, os mesmos deixam de ser vistos como meros valores para se constituírem em normas detentoras de eficácia plena e conseqüente aplicabilidade. Em outras palavras, o mencionado autor dispõe que:

*“Não se trata de excluir das normas dos direitos fundamentais um conteúdo axiológico, mas de não permitir que tais direitos fiquem somente no plano da axiologia e não tenham eficácia e efetividade práticas, o que aconteceria se considerássemos apenas como valores insculpidos na Lei Maior. Não são valores, apenas de terem um forte conteúdo axiológico, mas são normas, pois todos os poderes públicos, assim como os particulares, devem observar e respeitar efetivamente esses direitos<sup>35</sup>”.*

## 2.2 ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme se disse no início do presente trabalho, não se deve confundir texto de norma com a norma em si. Essa se extrai do processo interpretativo realizado em face daquele. Por sua vez, a norma é o gênero, do qual os princípios e as regras são espécies<sup>36</sup>.

Em atenção aos direitos fundamentais, Robert Alexy percebe-os como sendo “um conjunto de posições jurídicas fundamentais<sup>37</sup>”, de forma que essas “posições jurídicas correspondem sempre a normas que as conferem<sup>38</sup>”.

Portanto, os direitos fundamentais podem ser expressos através de regras ou princípios. Daí se infere que as noções de direitos fundamentais e princípios não são

<sup>34</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>35</sup> GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*. Juruá Editora: Curitiba, 2003, p. 78.

<sup>36</sup> TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

<sup>37</sup> “La respuesta más simple es que un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales”. ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 241.

<sup>38</sup> “A las posiciones jurídicas corresponden siempre normas que las confieren”. *Idem. Ibidem*, p. 241

excludentes, mas sim que se complementam, na medida em que tais direitos apresentam um cunho notadamente principiológico.

Todos os princípios, aqui se incluindo os direitos fundamentais que por meio deles se expressam, apresentam caráter relativo. Não há como vigorar a idéia de que um princípio seja absoluto, afastando a aplicação de todos os demais do caso em que pode ser aplicado<sup>39</sup>.

Assim acontece, pois os princípios são claros mandamentos a serem otimizados em razão da sua ampla carga de abstração, ou seja, são mandamentos que devem ser realizados tanto quando possível, repousando essa possibilidade em aspectos práticos e jurídicos<sup>40</sup>. A aplicação dos princípios ocorre desta feita, por meio da ponderação.

Ao discorrer sobre a ponderação, Luís Roberto Barroso trata-a como um processo constituído em três fases. Na primeira delas o aplicador do direito deve identificar no Ordenamento Jurídico quais são as normas que podem ser aplicadas para o caso concreto em análise<sup>41</sup>. Na segunda fase o intérprete deve analisar os fatos, bem como a interação desses para com as normas passíveis de solucioná-los<sup>42</sup>. Por fim, no terceiro momento ocorre a ponderação propriamente dita: a cada uma das normas existentes para solucionar o caso deve ser atribuído um peso e, em seguida, deve-se perquirir qual delas deve preponderar sobre as outras nesse problema específico<sup>43</sup>.

Uma ressalva deve ser feita: todo esse processo deve ser guiado pelo princípio da proporcionalidade.

---

<sup>39</sup> TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>40</sup> HECK, Luís Afonso. *Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy*. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83.

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 18. Disponível em: [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf). Último acesso em: 27 de outubro de 2006.

<sup>42</sup> *Idem. Ibidem*, p. 18-19.

<sup>43</sup> *Idem. Ibidem*, p. 19.

Tomando como base o Ordenamento Jurídico brasileiro, esse princípio não foi expressamente adotado, devendo ser entendido como uma norma pressuposta, “instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o Ordenamento Jurídico como um todo<sup>44</sup>”.

Na verdade, não se faz correto intentar obtê-lo por meio de derivação de outro princípio verdadeiramente adotado, pois, nos termos em que o mesmo se encontra, é tido como um mandamento de otimização, em oposição aos demais princípios que se constituem em mandamentos a serem otimizados.

A diferença repousa no fato de que esses, como se constituem em algo a ser otimizado, são, na verdade, o objeto dos mandamentos de otimização que devem ser cumpridos ao máximo quando possível<sup>45</sup>.

Tecnicamente o princípio da proporcionalidade é formado por três subprincípios, os quais abraçam os seguintes conteúdos: o aplicador do direito deve guardar a devida observância entre os meios utilizados e os fins perquiridos (subprincípio da adequação entre meios e fins); deve analisar as necessidades dos fins, buscando afetar o mínimo possível os demais princípios em jogo (princípio da necessidade); e, por fim, deve verificar se os meios adotados são idôneos, observando sempre se o ônus da escolha feita não sobressalta os custos que dela vão decorrer (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito)<sup>46</sup>.

No caso dos princípios definidores de direitos fundamentais, a aplicação deste último subprincípio não ultraja o conteúdo essencial dos direitos em conflito. Ainda que do conflito surjam desvantagens para determinado pólo da relação, as vantagens trazidas de um modo geral devem superá-las<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre o princípio da proporcionalidade*. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 250.

<sup>45</sup> HECK, Luís Afonso. *Op. Cit.*, p. 82-83.

<sup>46</sup> FREITAS, Juarez. *O “poder de polícia administrativa” e o primado dos direitos fundamentais no sistema brasileiro*. *Scientia Iuridica* – Tomo LIV, 2005. n.º. 301, p. 17.

<sup>47</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.*, p. 246.

Em relação ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, há dois grupos de teorias que tentam defini-lo: um atinente às teorias absolutas e o outro referente às teorias relativas.

De acordo com as teorias absolutas, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é algo determinável em abstrato e condizente com cada direito<sup>48</sup>. Já as teorias relativas afirmam que o conteúdo essencial é determinado pelo princípio da proporcionalidade<sup>49</sup>.

Ocorre que uma corrente não exclui necessariamente a outra, uma vez que em condições normais de constitucionalidade, mesmo com a aplicação do princípio da proporcionalidade, vai haver um limite máximo para a restrição de determinado direito. Daí que se afere que os direitos fundamentais possuem, em condições de normalidade, um núcleo absolutamente inatingível<sup>50</sup>.

Em caso de choque entre direitos, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, deve-se ter em mente o quanto de cada um pode ser “restringido” em favor de uma maior “expansão” do outro, tendo como limite esse núcleo de proteção inatingível.

Fazendo uma comparação com a célula humana, é como se o direito fundamental possuísse uma região citoplasmática e um núcleo duro. A primeira dessas regiões é a variável, passível de restrições. Já o núcleo duro é o âmbito de proteção do direito fundamental, o qual não pode ser restringido.

Núcleo de proteção e restrição dos direitos fundamentais são, portanto, idéias interligadas. Trazendo a lição de Gilmar Ferreira Mendes a respeito, transcrevemos a seguinte passagem:

*“Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés,*

---

<sup>48</sup> BOMHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 181.

<sup>49</sup> *Idem. Ibidem*, p. 181.

<sup>50</sup> *Idem. Ibidem*, p. 183.

*quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre Estado e indivíduo*<sup>51</sup>”.

Desse modo, o conteúdo essencial de cada direito fundamental deve ser encontrado tendo como base o outro direito com que está sendo analisado: não deve haver uma restrição desnecessária e desproporcional dos direitos<sup>52</sup>.

### 2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado<sup>53</sup> é, sob o prisma político-jurídico, uma organização com vistas a atender determinadas necessidades dos cidadãos e, consoante Jorge Miranda, só há que se falar em direitos fundamentais quando o Estado e cidadãos diferenciam-se<sup>54</sup>.

Por sua vez, é fato que os direitos fundamentais desses vão sendo reconhecidos em prol dos cidadãos ao longo dos tempos<sup>55</sup>, de modo que sempre existem direitos agregando-se a direitos anteriormente descobertos e já reconhecidos.

No tocante ao estudo da evolução histórica desses direitos<sup>56</sup>, o mesmo deve passar, impreterivelmente, pela Revolução Americana de 1776 com a elaboração da Declaração dos

---

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A reforma monetária de 1990: problemática jurídica da chamada “retenção dos ativos financeiros” (Lei n. 8.024, de 12/4/1990)*. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 151.

<sup>52</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 233.

<sup>53</sup> Em que pese este não ser o objeto do presente estudo, é preciso mencionar-se que não há um consenso doutrinário quanto ao momento do surgimento do Estado, bem como se esse precede ou não a Sociedade. Para tanto existem três correntes à respeito. A primeira delas, defendida por Eduard Meyer (*Historia da Antiguidade-1921*) e Wilhelm Koppers (*A origem do Estado-1960*), dentre outros, acredita que desde que o homem vive sobre a terra, acha-se integrado numa sociedade, a qual seria dotada de um organismo que determinasse o comportamento de todo o grupo e em prol destes. Outra parcela dos estudiosos entende que a sociedade precede ao Estado uma vez que este teria seu nascimento atrelado ao surgimento de novas e grandiosas necessidades dos grupos sociais. Por fim, uma terceira corrente, defendida por Karl Schmidt, entende que o Estado não seria um conceito válido para todos os tempos, mas sim apenas a partir do momento em que teve lugar a prática da soberania. Contudo, o Estado a que se refere o presente trabalho é aquele estudado sob a ótica do Constitucionalismo moderno.

<sup>54</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>55</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 45 e ss.

<sup>56</sup> Considerando o conceito de direito fundamental adotado, inicia-se o estudo da evolução dos direitos fundamentais a partir dos documentos oriundos da Revolução Americana e da Francesa. Contudo, ainda na Antiguidade já se falava em liberdade, sendo essa entendida como o direito de participar da vida da cidade. Por sua vez, com o advento do Cristianismo, a liberdade passou a dizer respeito à possibilidade de realização pessoal por parte dos cidadãos. Já há idade média o que havia eram direitos de grupos, direitos estamentais. MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 14.

Direitos dos Colonos, assim como pela Revolução Francesa de 1789, com a publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França.

Nesse momento histórico tomou corpo o chamado Estado Liberal, o qual adveio para frear os desmandos do regime anterior, tendo por característica o objetivo de assegurar as liberdades dos indivíduos contra os atos do próprio Estado dentro do novo contexto de poder.

Os revolucionários franceses, defensores da doutrina do Liberalismo, acreditavam que o poder no qual o Estado deve estar investido, se lhe fosse concedido em demasia, constituir-se-ia no maior inimigo da concretização das liberdades humanas. Mesmo o Estado sendo uma criação do homem, oriundo das necessidades desse, poder-se-ia tornar-se algo prejudicial ao próprio homem.

Desta feita, o Estado estava obrigado a adotar um comportamento omissivo, de modo a garantir a liberdade dos homens, principalmente a econômica. O argumento utilizado para garantir a liberdade nesse campo era a idéia que se tinha de que o mercado possuía a capacidade de se auto-regular, sem causar prejuízos à implementação da dignidade humana das pessoas. Era o interesse econômico influenciando o Direito e os caminhos a serem adotados pelo próprio Estado.

Concretizada a revolução francesa, levada a termo pela classe da burguesia, foi publicada a já mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França, inspirada na Declaração confeccionada pelos revolucionários americanos, propagando os ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Por meio dessa Declaração intentava-se, consoante já se disse, tornar reconhecidos e protegidos os direitos de liberdade e de propriedade privada.

Aqui é preciso dizer-se que essa ideologia pertencia à burguesia, inicialmente classe dominada antes da Revolução Francesa, adepta do sistema capitalista e formuladora dos princípios informadores da predita revolução. No entanto, tal classe teve o cuidado de,

durante a revolta, generalizar esses princípios, de modo que todas as outras classes passassem a adotá-los para si também, como se seus fossem.

Ocorre que concretizada a revolução, a burguesia não teve o cuidado de manter a universalidade das liberdades individuais na realidade fática, as quais apenas por generalização nominal estendiam-se às outras classes sociais.

Contudo, em que pese o conteúdo das liberdades individuais generalizadas tenha se esvaziado, uma vez que apenas poderiam ser alcançadas pela classe outrora revolucionária, nenhum prejuízo foi suportado por essa<sup>57</sup>. Em contrário, configurava vantagem demagógica a ser usufruída pela burguesia, uma vez que detinha a possibilidade de falar e agir em nome de toda a sociedade francesa. Mesmo que as liberdades individuais não pudessem ser usufruídas por todos, apresentavam-nas como válidas juridicamente para a totalidade da sociedade<sup>58</sup>.

Como a doutrina liberal intentava, na verdade, limitar o poder estatal com o intuito de garantir a liberdade de comercialização por parte da classe burguesa, também foi necessário adotar um mecanismo de controle do poder estatal, sendo esse o controle do poder pelo próprio poder.

Fala-se aqui na Teoria da Separação dos Poderes, tendo seu maior expoente em Montesquieu. Por meio dessa, os poderes existentes no Estado (no caso brasileiro o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário) estariam submersos “*em uma série complicada de contrapesos mecânicos*”<sup>59</sup>, almejando garantir a liberdade individual.

De um modo geral, com a Revolução Francesa e o advento do Estado Liberal surgem os direitos fundamentais de primeira dimensão. Tais direitos, conforme já se disse, dizem respeito aos direitos dos indivíduos ante o Estado, de modo que esse não interfira no seu âmbito particular. São direitos de caráter individualista que estabelecem em favor do cidadão “*uma esfera autônoma de ação, delimitando assim o campo de interferência legítima do*

---

<sup>57</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42.

<sup>58</sup> *Idem. Ibidem*, p. 44.

<sup>59</sup> *Idem. Ibidem*, p. 45.



*Estado com qualquer um*<sup>60</sup>, ou, em outras palavras, direitos que garantem apenas uma igualdade formal entre os homens, sem considerar as desigualdades socioeconômicas que os separam e os distinguem. São exemplos desses direitos o direito à vida, à liberdade de expressão, à liberdade de locomoção e etc.

Dando continuidade ao estudo do processo evolutivo do reconhecimento dos direitos fundamentais, conforme já se disse, a liberdade defendida pela burguesia não levou também à igualdade material entre todos os cidadãos. Em contrário, a propriedade privada defendida durante a revolução apenas aumentava as desigualdades entre os indivíduos.

Ficou claro que poderes além dos exercidos pelo Estado poderiam interferir nas relações humanas, de modo que a liberdade, apenas formal propagada pela doutrina do Liberalismo, expunha os mais fracos ao Poder Econômico, principalmente com a concretização da Revolução Industrial.

Em conseqüência, surgiu a ideologia socialista, a qual intentava promover condições de vida mais dignas para os que não detinham a propriedade privada.

Além da piora nas condições de vida da classe operária, o capitalismo também entrou em crise. Com a Revolução Industrial, o consumo passou a dirigir a sociedade. No entanto, para que haja consumo, deve haver compradores para os produtos e a classe dominante, sozinha, não apresentava condições para consumir tudo o que era produzido.

Nesse contexto, surge o Estado Social, com o intuito de salvar o próprio capitalismo, propiciando que o mesmo pudesse iniciar um novo ciclo em seu processo evolutivo<sup>61</sup>.

Aqui deve abrir-se um parêntese: Estado Social não se confunde com o Estado Socialista. O Estado Social é o meio-termo entre Estado Liberal e Estado Socialista. Para que fique mais claro, quando o Estado estende sua influência para a seara que antes era de atuação exclusiva da atividade privada, tem-se aí o Estado Social. Quando, por sua vez, o Estado faz

---

<sup>60</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 280.

<sup>61</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 32.

mais que isso, quando passa a concorrer imediatamente com a esfera privada, tem-se aí a socialização do Estado. Por fim, quando o Estado tiver esmagado a iniciativa privada, houve aí, a passagem total do Estado Social para o Socialista<sup>62</sup>.

Em continuidade, nesse novo contexto, o Estado teve que deixar de ser mínimo para intervir diretamente na economia, deixando para trás o conceito de democracia, nesse momento histórico já esvaziado, para adotar a idéia de democracia social, supondo essa o maior acesso possível dos cidadãos aos bens da vida necessários à concretização de uma vida digna para todos.

Assim sendo, o Estado passou a configurar-se como um provedor e prestador de serviços para a população, a dar-lhes o que não seriam capazes de obter se fossem deixados à mercê das condições econômicas vigentes.

Em ocorrendo a concreta fruição dos direitos fundamentais sociais através da garantia do acesso dos cidadãos às condições necessárias para que os mesmos possam gozar de uma vida digna, os próprios direitos sociais podem constituir-se em meio de se garantir o exercício material das liberdades, de modo que todos passem a viver uma situação de igualdade fática.

Os direitos sociais buscam, portanto, a concretização de igualdade razoável entre os homens, uma melhor distribuição das riquezas de um país, de modo que o sistema capitalista possa continuar seu processo evolutivo. Desta feita, o Estado Social conjugava interesses diversos, os quais seriam atingidos pelo mesmo meio.

Vivendo esse contexto de promoção da igualdade material entre os homens, os direitos ditos sociais passaram a ser reconhecidos e garantidos constitucionalmente, sendo a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Weimar de 1919 as primeiras a abraçar tais

---

<sup>62</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 186.

direitos<sup>63</sup>.

No entanto, foi após a II Grande Guerra Mundial que inúmeros países, inspirados pelas novas nuances políticas e sociais em explosão, elaboraram novas constituições, as quais abrigaram tais direitos sociais, adotando para si a idéia de Estado Social, a exemplo das Constituições francesas de 1946 e 1958, a Constituição Italiana de 1948 e a Lei Fundamental da República Federal Alemã de 1949.

Por conseguinte, nesse contexto foram reconhecidos os direitos sociais, econômicos e culturais, a exemplo do direito à educação, à saúde, à moradia.

Aqui é preciso mencionar que tais direitos apresentam um caráter diverso dos direitos individuais. Assim acontece, pois a sua proteção não consiste na exclusão de outrem, Estado ou particular. Trata-se de situações que precisam ser criadas. Por exemplo, o direito à saúde, para ser consolidado, necessita da criação de meios preventivos e repressivos de doenças. Nesse sentido, dependem, para sua eficácia, de uma ação concreta do Estado e, consequentemente, de remédios protetivos distintos.

Além dessas nuances, há outra tão importante quanto as já mencionadas: com o reconhecimento dos direitos sociais, o homem deixou de ser visto de forma genérica para ser considerado de modo específico e distinto, considerando-se uma variedade de *status* sociais e adotando-se vários critérios de diferenciação, tais como o sexo, a idade e as condições físicas<sup>64</sup>.

Ocorre que, tanto os Estados em que foi levada a cabo a máxima constitucionalização e concretização dos direitos sociais, como os que não conseguiram esse feito, vêm bater as suas portas a crise referente ao Estado Social.

Assim aconteceu posto que esse foi percebido como um Super-Estado, capaz de prover a todo momento todas as necessidades de seu povo. No entanto, os países que, em

---

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 136.

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 84.

princípio, conseguiram esse feito, vêem o constante nascimento de novos cidadãos, bem como o envelhecimento dos já existentes. Tem-se, portanto, cada vez maior o número de indivíduos a necessitar das prestações positivas do Estado, sem que esse consiga o crescimento de sua estrutura e, conseqüentemente, a salvaguarda das pretensões dos seus governados.

Por sua vez, nos demais países, tendo em vista a fragilidade da economia e o alto grau de corrupção, esses Estados não obtiveram, nem mesmo num momento inicial, êxito na proteção dos trabalhadores, no oferecimento de condições mais igualitárias entre os indivíduos<sup>65</sup>.

Ainda, é importante dizer-se que nesse contexto ressurgiu o liberalismo econômico intentando dominar as economias mundiais, de forma a que os Estados passassem, novamente, a não intervir na economia<sup>66</sup>. Intentava-se partir do mesmo pressuposto de que a própria economia é que está no comando, bem como que o essencial consistiria em “*garantir os controles macroeconômicos que permitam um crescimento razoável e o resto se fará por si mesmo*”<sup>67</sup>.

No entanto, tal situação não pode concretizar-se. O Estado não pode deixar de ser comprometido com a qualidade de vida dos indivíduos e passar a atuar de forma mínima, o que pode terminar levando à degradação última do homem. Nesse sentido, Ignacy Saches afirmou que o bem-estar dos homens é que deve determinar as políticas sociais e as economias devem comprometer-se com esse fim, mas sempre havendo um equilíbrio entre as funções do Estado e suas reais possibilidades<sup>68</sup>.

Em sendo assim, o Estado deve encontrar um meio de superar a crise advinda com o inchaço de suas atividades, mas sem permitir que se configure a sua ausência total no âmbito econômico, fator determinante na melhoria ou ultraje das condições de vida das pessoas.

---

<sup>65</sup> Anotações de aula do professor Vladimir da Rocha França.

<sup>66</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. *Op. Cit.*, p. 40.

<sup>67</sup> SACHES, Ignacy. *Em busca de novas formas de desenvolvimento*. Estudos Avançados. São Paulo, v. 9, n. 25, set/dez 1995, p. 39.

<sup>68</sup> *Idem. Ibidem*, p. 39.

Nesse momento surgem os chamados direitos de solidariedade/fraternidade, os quais não apresentam relação indivíduo-indivíduo ou mesmo indivíduo-coletividade, mas sim tem como destinatário o gênero humano, devendo esse ser considerado como valor supremo enquanto existência concreta<sup>69</sup>.

Se os direitos individuais concretizam-se, especialmente, por meio de ações negativas por parte do Estado, se os direitos sociais concretizam-se, sobremaneira, por meio de prestações positivas por parte desse mesmo organismo, os direitos de solidariedade concretizam-se por meio de ações positivas e negativas, tanto por parte do Estado como da Sociedade que o compõe.

Dentre estes direitos de solidariedade/fraternidade está o direito ao desenvolvimento de caráter instrumental. Por meio desse, haveria uma constante melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, de modo que esses poderiam ver supridas suas necessidades sociais, o que implicaria numa igualdade material entre os homens e, conseqüentemente, a vivência de uma verdadeira liberdade.

Por fim, é imperioso explicitar que parte da doutrina utiliza a expressão ‘gerações’, ao passo que outra parcela prefere a denominação ‘dimensões’ para identificar esta evolução dos direitos fundamentais.

Diante da divergência, é preferível aderir ao termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais. Assim acontece, pois ao se falar em ‘gerações’ está-se veiculando a idéia de substituição dos direitos fundamentais de uma geração pelos de outra, como se uma geração de direitos colocasse por terra todas as conquistas alcançadas pela geração anterior.

Desta feita, considerando que o vocábulo ‘dimensões’ melhor conduz a idéia de agregação de novos direitos a um substrato anteriormente existente, esse será o termo utilizado.

---

<sup>69</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editora, 2008, p. 269.

Passadas essas informações, tem-se que a primeira dimensão dos direitos fundamentais compõe-se dos direitos de liberdade, produto do pensamento liberal-burguês, de cunho individualista, constituindo a dimensão mais expressiva e consolidada em nível mundial. São exemplos desses o direito à vida, à liberdade de expressão, à liberdade de locomoção e etc.

Já a segunda dimensão diz respeito aos direitos implementadores da igualdade material dos indivíduos, a exemplo do direito à educação, à saúde, à moradia.

Por sua vez, a terceira dimensão dos direitos fundamentais implementa uma relação coletividade-coletividade. São os ditos direitos de solidariedade, a exemplo do direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente sadio.

#### 2.4 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E OS DIREITOS SOCIAIS: UMA LIGAÇÃO IMANENTE

Para que se possa discorrer um pouco sobre a conexão entre o direito ao desenvolvimento e os direitos sociais, faz-se necessário, inicialmente, que se delimite o conteúdo material do vocábulo ‘desenvolvimento’, o qual apresenta, de início, sentido bastante vago.

É comum que, para sua maior delimitação, o termo venha acompanhado de adjetivos com o intuito de facilitar a sua compreensão. Todavia, para que se cumpram as finalidades a que se propõe o presente trabalho, deve-se considerá-lo despido de adjetivos.

Analisando a sua evolução histórica, quando do surgimento dos Estados Nacionais, das grandes navegações, do mercantilismo, a idéia de desenvolvimento tinha um caráter militar, de modo que um Estado era considerado desenvolvido quanto mais poder tivesse<sup>70</sup>.

Posteriormente, a idéia de desenvolvimento passou a apresentar um viés puramente econômico, de modo que quanto mais riquezas um Estado acumulasse, mais desenvolvido seria. Deve-se falar, por essa ocasião, em Adam Smith, defensor do liberalismo econômico, para quem o livre mercado seria o meio mais adequado para que se chegasse ao maior acúmulo de riquezas possível<sup>71</sup>.

Posteriormente, deve-se mencionar Keynes, para quem o desenvolvimento aconteceria através da repartição do poder do Estado com a classe média, a qual deveria consumir muito e provocar a circulação da riqueza<sup>72</sup>.

Em seguida, tem-se o pensamento de Celso Furtado. Para ele, o processo de desenvolvimento implicaria não apenas no âmbito econômico, mas com as relações sociais e jurídicas fazendo parte de uma superestrutura<sup>73</sup>.

Por tais motivos, segundo o mesmo autor, o desenvolvimento não seria um estágio a ser necessariamente alcançado por todos os países e, tão pouco, o subdesenvolvimento seria um estágio anterior ao da vivência do desenvolvimento.

Atualmente, por meio de Amartya Sen, surgiu a idéia de desenvolvimento como liberdade, de forma que aquele seria um processo de expansão da liberdade que o indivíduo teria para escolher a vida que seria melhor para ele levar<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> BARRAL, Welber. *Direito e desenvolvimento: um modelo de análise*. In: BARRAL, Welber. *Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 34 a 39.

<sup>71</sup> *Idem. Ibidem*, p. 34 à 39.

<sup>72</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>73</sup> BARRAL, Welber. *Op. Cit.*, p. 34 a 39.

<sup>74</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32.

Por sua vez, a liberdade aconteceria em três âmbitos: no econômico (acesso ao mercado garantido a todos), no político (garantias democráticas) e no social (tolerância das diferenças e proteção das minorias).

Para formular sua idéia de desenvolvimento como liberdade, Amartya Sen utiliza-se das idéias de liberdades reais e instrumentais<sup>75</sup>. As liberdades reais constituem-se no fim do desenvolvimento e podem ser exemplificadas na ausência da fome, da desnutrição, morte prematura, bem como na existência de educação e saúde. As liberdades instrumentais, por outro lado, constituem-se no meio do desenvolvimento, ou seja, nos meios adotados para que o desenvolvimento como fim, ou seja, as liberdades reais possam acontecer.

Aqui o desenvolvimento não é algo atrelado apenas ao aspecto econômico. Isso aconteceu em face da percepção de que o aumento de renda não implica necessariamente na melhoria da qualidade de vida das pessoas. Em sendo assim, a idéia de desenvolvimento teve que ser revista, passando a englobar outros aspectos.

Desta feita, Luiz Carlos Bresser-Pereira aduz que a idéia de desenvolvimento implica em transformações que devem desembocar no crescimento do padrão de vida da população, o qual tenderá a tornar-se automático, autônomo e necessário<sup>76</sup>. É importante lembrar que ao se falar em crescimento do padrão de vida da população, está se falando em observância dos direitos fundamentais dessa em sua integralidade, possibilitando que todos os seus integrantes possuam uma vida digna.

Em conseqüência, é preciso que se coloque em mente que o conceito de desenvolvimento, ao falar em transformações econômicas, políticas e sociais, engloba os conceitos de desenvolvimento econômico, político e social.

Neste contexto, estar-se-á diante do desenvolvimento econômico quando se observa um aumento da renda per capita de um determinado país. O mesmo acontece, segundo Fábio

---

<sup>75</sup> *Idem. Ibidem*, p. 52.

<sup>76</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e Crise no Brasil: História, Economia e política de Getúlio Vargas a Lula*. 5ª ed. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 31.



Nusdeo<sup>77</sup>, observando o sistema capitalista, sistema predominante no mundo ocidental atual, com o acúmulo de capital, com a evolução tecnológica e com a existência de um mercado consumidor<sup>78</sup>.

O desenvolvimento político tem lugar quando a antiga aristocracia perde o poder e esse é assumido por pessoas da classe média. Essas, na medida em que vão se concretizando no poder, vão passando a se tornar a classe alta, implicando no desenvolvimento político. Tempos depois, a agora classe alta deverá ser substituída por uma nova classe média, mantendo o círculo do desenvolvimento político de determinado país.

Em se tratando do desenvolvimento social, esse acontece com o fornecimento de serviços de saúde, educação, com a criação de postos de trabalho, dentre outras condições que promovem a dignidade do homem de forma sustentável, ou seja, de forma que o desenvolvimento social gere mais desenvolvimento social.

Desta feita, analisados os conceitos das espécies de desenvolvimento, volta-se ao raciocínio de forma a aduzir que estas espécies estão totalmente imbricadas. Se o desenvolvimento acontece no seio social e esse é conformado por fatores econômicos, políticos e sociais é certo que alterações econômicas implicam em transformações políticas e sociais; alterações políticas implicam em transformações econômicas e sociais etc.

Do contrário, se houver uma modificação no campo econômico, por exemplo, que não implique transformações nos demais campos, é porque esta alteração não foi significativa o suficiente para mexer nestes outros campos e, conseqüentemente não foi considerável o suficiente para promover o desenvolvimento.

---

<sup>77</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 351.

<sup>78</sup> A título de esclarecimento, ainda que superficial, acerca do crescimento econômico, tem que a criação de mercado, para tanto, faz-se necessária na medida em que em este existindo, começa-se o investimento a fim de se atender as necessidades deste mercado e, conseqüentemente, o acúmulo de capital. O acúmulo de capital seria necessário para que este pudesse sempre estar em circulação dentro do seu próprio país de origem, de forma a se produzir com base em si mesmo e, assim, poder gerar o desenvolvimento econômico. A evolução tecnológica, por seu turno, permite o aumento da força produtiva do capital e do trabalho, de sorte a permitir a liberação de recursos para outros setores ainda não atingidos por esta evolução.

Vê-se aqui a atual distinção entre desenvolvimento e crescimento econômico<sup>79</sup>. Esse implica, apenas, na ocorrência da modernização de um país, mas sem provocar mudanças na seara social e política dos indivíduos; há apenas a manutenção da situação de desenvolvimento, corroborando, nesse ponto, a idéia de Celso Furtado, bem como agravando a concentração de renda e a desigualdade social<sup>80</sup>.

Tem-se, portanto, que o desenvolvimento implica em mudanças profundas na sociedade, tanto de cunho quantitativo, quanto de cunho qualitativo. É a melhoria real da qualidade de vida dos indivíduos.

Por seu turno, partindo do conteúdo material do termo ‘desenvolvimento’, chega o momento de traçar um paralelo entre essa noção e a condição jurídica do desenvolvimento, atualmente enquadrado como direito fundamental de terceira dimensão.

Paulo Bonavides expõe que o aludido direito foi formulado por Etienne-R. Mbaya<sup>81</sup>. Esse pesquisador apresentou seu pensamento inicialmente em aula inaugural de curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem em 1972.

No ano de 1995 o mencionado jurista veio ao Brasil proferir palestra intitulada ‘Gênese, evolução e universalidade dos direitos do Homem frente à diversidade de culturas’ junto ao Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.

Nessa ocasião teve oportunidade de expor aos estudiosos brasileiros acerca da sua teoria a qual inclui o desenvolvimento à gama de direitos fundamentais de terceira geração.

De acordo com seu raciocínio, acontecimentos como a Revolução da Inglaterra de 1688, a Independência dos Estados Unidos em 1776, a Revolução Francesa de 1789, a Revolução Russa de 1917, a Proclamação da República Popular da China em 1945, dentre

---

<sup>79</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Crescimento e Desenvolvimento Econômico*, p. 2 – 3. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2007/07.22.CrescimentoDesenvolvimento.Junho19.2008.pdf>, Último acesso em 29 de março de 2008.

<sup>80</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e Desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.

<sup>81</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 523 e ss.

outros, terminaram por constituir uma distinção entre direitos dos povos e direitos humanos, ainda que um não pudesse ser analisado sem o outro.

Aqui é importante abrir um parêntese e mencionar que, não obstante a utilização da terminologia ‘direitos humanos’, o cientista parece referir-se aos direitos fundamentais. Assim o é, pois ele afirma que existe uma relação vertical entre cidadãos e poder, a qual confere os direitos civis e políticos àqueles, bem como que existe uma relação lateral entre ambos, a qual coloca em evidência os direitos sociais e econômicos do cidadão que, na ordem interna, implica no dever do Estado auxiliar a manutenção da vida dos mais humildes e, no plano externo, a ajuda dos países desenvolvidos aos subdesenvolvidos<sup>82</sup>. Tem-se aqui, portanto, a idéia dos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões.

Voltando ao assunto, dentro da concepção da existência de direitos humanos e direitos dos povos, surge a idéia de desenvolvimento cumprindo os dois papeis. Em sendo assim, para Etienne-R Mbaya, pode-se falar em direito dos povos ao desenvolvimento e direito do homem ao desenvolvimento.

Por força do primeiro, haveria uma solidariedade expressa no conceito de comunidade internacional. Diante dessa idéia, vem a ser justificado “*o fato de os deveres fazerem parte dos encargos dos países industriais, em benefício dos países pobres, que, desse modo, podem invocar direitos e não pedir esmolas*”<sup>83</sup>.

Por seu turno, o ‘direito humano’ ao desenvolvimento diria respeito à impossibilidade de o desenvolvimento ser “*conduzido de modo a desprezar o ser humano e, em vista disso, vemos surgir uma relação dialética entre comunidade e direito*”<sup>84</sup>.

Desta feita, segundo o autor, não tem como existir direito dos povos ao desenvolvimento sem se levar em conta o direito do indivíduo ao desenvolvimento.

---

<sup>82</sup> MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos do Homem frente à diversidade de culturas*. Estudos avançados. São Paulo, v. 11, n. 30, 1997, p. 28.

<sup>83</sup> *Idem. Ibidem*, p. 29.

<sup>84</sup> *Idem. Ibidem*, p.29.

Paulo Bonavides, expondo o pensamento do jurista alemão, aduz que o direito ao desenvolvimento é atinente às pretensões ao trabalho, à saúde, à educação, dentre outras necessidades que cercam o indivíduo<sup>85</sup>.

De forma mais didática, tem-se que o desenvolvimento, observado o seu aspecto material, define-se como a ocorrência da melhoria da qualidade de vida de um grupo de indivíduos.

Por sua vez, a referida melhoria engloba o real acesso ao trabalho digno, à saúde, à educação, ao lazer, ou seja, o acesso aos direitos sociais. Portanto, o desenvolvimento enquanto direito de terceira dimensão seria o direito à concretização dos direitos sociais, dos direitos de segunda dimensão.

Dando continuidade ao desenrolar do raciocínio, como os direitos sociais prestacionais apenas concretizam-se por meio de ações positivas por parte do Estado, ou seja, de políticas públicas, consoante será demonstrado em momento oportuno, o direito ao desenvolvimento seria o direito de acesso às políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais.

Pode-se aferir o exposto do conceito de direito ao desenvolvimento trazido pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, elaborada pela Organização das Nações Unidas em 1986, por meio de seu art. 1º:

**Artigo 1**

1. *O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados*<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 523.

<sup>86</sup> Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Disponível em: [http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Desenvolvimento/texto/texto\\_3.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Desenvolvimento/texto/texto_3.html). Último acesso em 29 de junho de 2008.

Embora num primeiro momento o artigo acima transcrito não passe ao leitor um maior conteúdo por dizer que o direito ao desenvolvimento é um direito de participar do desenvolvimento, a sensação de ausência de informação é apenas passageira.

Inicialmente o termo ‘desenvolvimento’ é usado em sua acepção normativa, enquanto direito subjetivo, ao passo que quando é utilizado num segundo momento, o referido vocábulo remete o leitor ao seu conteúdo material, ou seja, de melhoria das condições econômicas, políticas e sociais dos indivíduos.

Ainda, a mesma Declaração, em seu artigo 8º, § 1º, determina que:

*“Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda”<sup>87</sup>.*

Há, portanto, a conferência de sistemática entre os artigos primeiro e oitavo da Declaração ora em análise, uma vez que educação, saúde, habitação, emprego, nada mais são do que direitos sociais. Em sendo assim, o direito ao desenvolvimento é o direito de acesso aos direitos sociais em sua concretude.

Em consequência tem-se que o desenvolvimento é o direito à participação em processo planejado, com vistas à plena realização da pessoa humana. E, na medida em que se compreenda que essa é a finalidade do Estado, desenvolvimento revela-se como o direito a participar de políticas públicas estabelecidas pelo Estado com vistas a alcançar seus fins.

Imperioso faz-se enfatizar que sendo o desenvolvimento o direito de acesso às políticas públicas, é dever do Estado de criá-las. No entanto, o direito ao desenvolvimento apenas restará concretizado se as políticas criadas e postas à fruição dos cidadãos forem realmente condizentes com as necessidades das pessoas daquele determinado Estado.

---

<sup>87</sup> Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Disponível em: [http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Desenvolvimento/texto/texto\\_3.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Desenvolvimento/texto/texto_3.html). Último acesso em 29 de junho de 2008.

Tomando como exemplo um país com baixo índice de mortalidade infantil, mas com alto índice relacionado à expectativa de vida dos cidadãos, de nada adianta criar-se uma política pública na área de saúde com vistas a evitar a mortalidade infantil e esquecer-se dos cuidados que se deve ter com a saúde dos idosos.

Dessa forma, tem-se que o direito ao desenvolvimento é o direito de acesso às políticas públicas condizentes com as necessidades de um povo, concretizando os direitos sociais nos pontos que se encontrarem carentes, em atenção ao próprio princípio democrático.

Deve-se observar, portanto a cultura e a história inerentes a determinado povo de um dado Estado, a potencialidade dos recursos naturais ali existentes, sem deixar de mencionar a forma como a sociedade civil organiza-se<sup>88</sup> em um dado momento.

Observando os objetivos do presente trabalho, embora o direito ao desenvolvimento seja o direito de acesso às políticas públicas, por ora não será analisada a situação jurídica desse acesso a políticas ainda inexistentes, mas necessárias ao desenvolvimento humano, à concretização dos direitos fundamentais. Aqui será intentado analisar esse direito de acesso, no que tange às políticas públicas já existentes, mas ineficientes, mais especificamente, do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

## 2.5 ÓRGÃOS E TRATADOS INTERNACIONAIS PROTETIVOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme dito no ponto 2.4 do presente capítulo, inúmeros países, após a II Guerra Mundial, inspirados pela doutrina socialista emergente, elaboraram novas constituições para si, nas quais restavam reconhecidos os direitos sociais.

---

<sup>88</sup> SACHES, Ignacy. *Op. Cit.*, p. 42.

Contudo, não foram apenas essas as conseqüências advindas no pós-guerra. Tomados pelo horror em face dos atos genocidas praticados pelos alemães nazistas, emergiu a necessidade de recuperar a essência dos direitos fundamentais. Em sendo assim, na esfera internacional muitos tratados foram elaborados com essa finalidade<sup>89</sup>.

O primeiro deles foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com aprovação unânime de 48 Estados e apenas 08 abstenções. Esse documento consagrou tanto os direitos civis e políticos, reconhecidos quando do Estado Liberal, como também os direitos econômicos, sociais e culturais, produto do Estado Social. Procurou-se combinar tanto a liberdade garantida apenas sob a ótica da Lei, com a igualdade material, ambos valores difundidos nesses dois momentos da evolução do Estado.

Ao fazer isso, essa Declaração corroborou que os direitos fundamentais que vão sendo reconhecidos, vão agregando-se aos anteriormente consagrados, de modo que é mais adequado falar-se em dimensões dos direitos fundamentais, devendo-se essa sobrepor-se a utilização do termo ‘geração’ dos direitos fundamentais.

Vê-se também corroborada a idéia de que os direitos fundamentais são uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível. Em outras palavras, sem liberdade não há igualdade, do mesmo modo que essa não há sem aquela<sup>90</sup>.

Após essa declaração, foram elaborados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos em 1966 pela Organização das Nações Unidas – ONU.

Mesmo os direitos fundamentais possuindo como característica o fato de serem uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível, a existência de um pacto para os direitos de primeira dimensão e outro para os de segunda teria sua utilidade enquanto “*reflexo*

---

<sup>89</sup> PIOVESAN Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos Direitos*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/flavia88.html>. Último acesso em 27 de abril de 2008.

<sup>90</sup> *Idem. Ibidem.*

*do funcionamento de dois paradigmas, ou matrizes político-ideológicas diferentes de relação jurídica*<sup>91</sup>”.

Quando se fala em matrizes político-ideológicas diferentes de relação jurídica no que tange aos direitos de liberdade e aos direitos sociais econômicos e culturais, está se referindo ao fato daqueles direitos serem pautados pela ênfase do papel da vontade, essencial nas relações indivíduo-indivíduo, sendo a teoria dos direitos subjetivos a formulada para dar-lhes substrato jurídico. De outro modo, os direitos sociais seriam pautados por uma relação de grupos, em que o Estado teria papel fundamental na correção das diferenças sociais<sup>92</sup>.

Essa divisão da regulamentação dos direitos fundamentais em dois pactos em nada teria a ver, portanto, com a extensão da eficácia inerente a cada direito. Em contrário, os dois devem coexistir de forma plena, corroborando a idéia de que os direitos fundamentais formam um conjunto único e indivisível, os quais devem ser analisados de forma interdependente<sup>93</sup>.

Tomando por base essa linha de pensamento, estabeleceu a Resolução n. 32/130 da Assembléia Geral das Nações Unidas que:

*“todos os direitos humanos e liberdades individuais são indivisíveis e interdependentes; devendo prestar-se a mesma atenção e urgente consideração à aplicação, promoção tanto aos direitos civis e políticos, como aos direitos econômicos, sociais e culturais*<sup>94</sup>”.

---

<sup>91</sup> FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 28.

<sup>92</sup> *Idem. Ibidem*, p.28.

<sup>93</sup> Contudo, muito embora a regulamentação internacional dos direitos fundamentais em dois pactos não tivesse a intenção primeira de enfraquecer os direitos sociais, na prática não se pode deixar de mencionar a real existência dessa situação. Assim se diz, pois a separação realizada enfatizou o caráter material da maioria desses direitos, dando margem para a criação Teoria da Reserva do Possível. Nesse sentido ver ponto número 6.2 do presente estudo.

<sup>94</sup> *“Todos los derechos humanos y liberdades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestrse a misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción e la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales”*. Resolução 23/130 de 1977 da Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/320/13/IMG/NR032013.pdf?OpenElement>. Último acesso em 29 de junho de 2008.



Essa mesma concepção foi reiterada na Declaração de Viena de 1993, quando afirma, em seu § 5º, que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados<sup>95</sup>.

Desse modo, atualmente, é certa a interdependência entre todos os direitos reconhecidos em momentos históricos distintos, especificando que os direitos de primeira dimensão oriundos da Revolução Francesa são os direitos de liberdade; os direitos sociais, econômicos e culturais advindos com o Estado Social são os direitos de igualdade e os direitos de terceira dimensão, os quais estão em plena evolução e reconhecimento hodiernamente, seriam os direitos de fraternidade e solidariedade.

Direitos integrantes dessa última dimensão também vêm sendo reconhecidos por meio de instrumentos internacionais. Assim pode-se falar do direito ao desenvolvimento, uma vez que, conforme se viu no ponto 2.4 do presente capítulo deste trabalho, o mesmo aparece consagrado na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, elaborada pela Organização das Nações Unidas em 1986.

Além da aludida declaração, o desenvolvimento aparece como direito na Resolução 36/133 – ONU, na Resolução 38/124 – ONU, na Resolução 1985/43 – ONU e na Resolução 40/128 – ONU.

Cuidando do contexto do continente americano, em 1969 foi promulgada em San José, na Costa Rica, a Convenção Interamericana Sobre Direitos<sup>96</sup>, a qual levou quase que à exaustão a regulamentação dos direitos civis e políticos. Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, apenas foi adicionado a essa o Protocolo de São Salvador em 1988.

Com o intuito de assegurar a proteção dos direitos reconhecidos na Convenção, ela mesma, nos termos de seu art. 34, criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esse órgão tem como função levar a termo atos capazes de obrigar os Estados ratificadores da

---

<sup>95</sup> Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/declaracao\\_viena.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/declaracao_viena.htm). Último acesso em 29 de junho de 2008.

<sup>96</sup> Apenas a título de informação, o Brasil aderiu à Convenção em 21 de agosto de 1996.

Convenção a concretizar e proteger os direitos ali previstos. Ademais, aos cidadãos de cada País ratificador seria possível procurar essa Comissão e efetuar denúncias de descumprimentos de direitos e instaurar processos administrativos reparadores.

Ao lado da aludida Comissão, foi criada, por meio do art. 52 da Convenção em comento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos dotada de poder jurisdicional. Contudo, apenas tem legitimidade processual para provocar a atuação desse órgão os Estados signatários da Convenção e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Vê-se que ao indivíduo apenas é permitido provocar a Comissão, deixando que esta leve as suas queixas à Corte.

Uma outra ressalva que se faz ao poder jurisdicional do qual a Corte é imbuída é que o mesmo é apenas complementar: para poder atuar exige-se a exaustão de todos os recursos legais existentes do Estado.

No entanto, uma vez sendo provocada devidamente, as suas decisões têm caráter vinculante. Assim se diz, pois o Estado não é obrigado a aderir à Convenção, mas uma vez aderindo, deve respeitá-las em todos os seus termos, inclusive observando o disposto nas decisões oriundas da referida Corte<sup>97</sup>.

Em que pese ter-se demonstrado o caráter indivisível dos direitos fundamentais (humanos, em âmbito internacional), bem como ter-se acabado de explicitar a existência de organismos internacionais dotados de poder jurisdicional – no caso do continente americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, esse poder apenas é utilizado em prol dos direitos de primeira dimensão. Assim se diz, pois os direitos econômicos, sociais e culturais

---

<sup>97</sup> Muito embora seja esse o pensamento aqui defendido, deve-se mencionar que nem todos os signatários da Convenção reconhecem esse caráter jurisdicional vinculante inerente à Corte. O Brasil mesmo apenas reconheceu tal fato no ano de 1998 por meio do Decreto Legislativo número 89, editado em atenção à mensagem número 1070 encaminhada pelo Presidente da República. Nestes termos, o art. 1º do mencionado decreto determina ser “*aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do artigo 62 daquele instrumento internacional*”.

continuam, até o presente momento, desprovidos de um sistema de petições<sup>98</sup> ou denúncias internacionais<sup>99</sup>.

Ocorre que se tais organismos encontram-se ineficientes no tocante à proteção dos direitos de segunda dimensão, em razão das novas formas e maneiras de violar os direitos humanos, existem também casos em que os direitos individuais igualmente se encontram desprotegidos. Podem-se citar como exemplos as infrações cometidas em decorrência do progresso científico-tecnológico, da corrupção e da impunidade.

Desta feita, assim como lembra Cançado Trindade, os órgãos internacionais de proteção devem buscar bases e métodos adicionais de ação para fazer frente às novas formas de violações dos direitos humanos<sup>100</sup>.

Noutro giro, como não poderia deixar de ser, os tratados internacionais também exercem influência nos Ordenamentos Jurídicos internos. Assim se diz, pois os Estados, ao aderirem a determinado tratado internacional, passam a ter, no mínimo, duas obrigações em razão dessa ratificação. A primeira delas é de assegurar a concretização e proteção do direito previsto no tratado. Já a outra diz respeito ao dever de adequar o Ordenamento Jurídico interno a nova situação jurídica. O termo 'adequar' engloba também o dever de criar normas

---

<sup>98</sup> Na medida em que um Estado adere a um Tratado Internacional, passa a ter a obrigação de respeitá-lo e cumpri-lo. Em não o fazendo, agora os cidadãos, em relação aos direitos individuais, têm o direito de petição individual, instrumento que assegura o indivíduo o acesso direto à corte internacional competente e coloca em polos antagonicos os indivíduos demandantes que tiveram seus direitos ultrajdos e os Estados demandados. Nesse sentido: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Quadro Atual e Perspectivas na Passagem do Século*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado3.html>. Último acesso em: 01 de agosto de 2008.

<sup>99</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no liminar do séc. XXI*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado4.html>. Último acesso em: 01 de agosto de 2008.

<sup>100</sup> *Idem. Ibidem.*

necessárias à implementação do previsto no tratado, além de possibilitar que os novos direitos possam ser invocados diretamente em face do Poder Judiciário nacional<sup>101</sup>.

Em atenção ao caso brasileiro, anteriormente à Emenda Constitucional número 45/2004, os tratados internacionais dos quais o Brasil fosse signatário, caso passassem a integrar o nosso sistema jurídico, adquiriam, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o *status* de lei ordinária, independentemente do conteúdo que apresentassem. Tal situação é aplicável ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual tem força de Lei no Brasil por meio do Decreto 591, de 06 de julho de 1992.

Contudo, com a promulgação da citada Emenda foi acrescido o §3º ao artigo 5º da Constituição da República, o qual apresenta a seguinte redação: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”.

Conforme se vê, apenas os tratados internacionais que tratem de direitos humanos é que podem adquirir status constitucional. Aqui vale salientar a possibilidade de reconhecimento de novos direitos fundamentais além dos já consagrados no texto constitucional em função da permissividade da norma contida no art. 5º, §2º da nossa atual Constituição, consoante se falou no ponto 2.1 do presente capítulo. O constituinte não exauriu o rol dos direitos fundamentais, deduz-se, pelo fato de que os mesmos estão sempre se renovando<sup>102</sup>.

Em se constituindo em normas consagradoras de direitos fundamentais, uma vez adquirindo o *status* constitucional, passam a ser abraçadas pela norma protetora disposta no art. 60, §2º da Constituição da República. Ou seja, enquanto o tratado internacional estiver em

---

<sup>101</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Quadro Atual e Perspectivas na Passagem do Século*.

<sup>102</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Op. Cit.*, p. 209.

vigor, a República Federativa do Brasil não pode denunciá-los, uma vez que não é permitido intentar-se reforma constitucional tendente a abolir direito fundamental<sup>103</sup>.

Outra informação que deve ser mencionada é a de que tais tratados passam a fazer parte do chamado ‘bloco de constitucionalidade’, ou seja, passam a servir de parâmetro para a fiscalização dos atos normativos infraconstitucionais.

Apenas ressaltando: para que os mencionados diplomas legais sejam inseridos em no Ordenamento Jurídico com *status* constitucional não basta apenas versarem sobre direitos humanos. É preciso mais. Devem ter sido aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos e por três quintos dos votos dos membros de cada uma delas.

Em face disso, percebe-se que tais tratados não se encontram acima ou abaixo da Constituição brasileira, mas sim têm suas disposições equiparadas às constitucionais.

Em relação aos tratados internacionais cujo conteúdo seja de direitos humanos, mas que não tenham sido aprovados de acordo com o procedimento determinado pela Constituição, em princípio, deveriam adquirir *status* de lei ordinária, tal qual se disse acima.

Nesses casos, havendo conflito entre esses tratados com *status* de lei ordinária e leis realmente dotadas de caráter ordinário, o mesmo será resolvido nos termos do que determina a Lei de Introdução ao Código Civil.

Contudo, “o fundamentos dos direitos humanos é anterior a sua positivação”, de modo que os direitos fundamentais nada mais seriam que direitos humanos constitucionalizados. Em sendo assim, soa discrepante a existência de direitos humanos dotados de caráter constitucional e outros equiparados às leis comuns.

A solução para o impasse pode vir por meio do *Hábeas Corpus* número 90.172-7/SP em tramitação no STF, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes. Assim o é, pois nesse caso, em que está em discussão a legitimidade da prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do

---

<sup>103</sup> NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *A Jurisdição Constitucional e a Emenda Constitucional 45/04*. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v. 32, n. 98, jun/2005, p. 53.

contrato de alienação fiduciária, foi levantado o pensamento segundo o qual os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil adquirem *status supra legal*, de forma que torna-se inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação<sup>104</sup>.

Muito embora a decisão definitiva ainda não tenha sido proferida, o pensamento apresentado pelo Min. Gilmar Mendes já conta com sete votos favoráveis. Com essa nova situação, afigurar-se-á um novo quadro em referência aos tratados internacionais, uma vez que os mesmos poderão adquirir *status* constitucional, *supra legal* ou serem equiparados às leis ordinárias.

---

<sup>104</sup> STF, HC 90.172-7/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes.

### 3 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAUDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

#### 3.1 UMA ANÁLISE ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS

Em que pese à idéia central dos direitos fundamentais girar em torno de sua positividade constitucional, é fato que no decorrer dos anos foram sendo elevados a categoria de direito fundamental direitos detentores de realidades as mais diversas possíveis. A idéia se torna palpável ao se falar em direito à liberdade pessoal, direito ao voto, direito à segurança pública, direito à saúde, direito ao desenvolvimento, dentre outros.

Nesse contexto, surgiram várias teorias tentando conferir unidade de sentido aos direitos fundamentais. José Carlos Vieira de Andrade<sup>105</sup> e Canotilho apresentam algumas dessas teorias, sendo a primeira delas intitulada de ‘Teoria Liberal’. Segundo essa, os direitos fundamentais são colocados como direitos de caráter fortemente subjetivado, direitos do indivíduo em face do Estado. Aqui os direitos fundamentais apresentam um caráter eminentemente individual<sup>106</sup>.

Contrária a essa teoria, encontra-se a ‘Teoria Socialista’, pela qual os direitos fundamentais apresentam um conteúdo econômico, o qual deve estar ligado a necessidades sociais, haja vista que o homem não pode ser considerado apenas em sua individualidade<sup>107</sup>.

Uma outra teoria é a ‘Teoria Social’, a qual entende que os direitos sociais também são direitos fundamentais que devem ser efetivados pelo Estado<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>106</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1302.

<sup>107</sup> *Idem. Ibidem*, p. 1306-1308.

<sup>108</sup> *Idem. Ibidem*, p. 1305-1306.

Ao lado dessa aparece a ‘Teoria Democrática’, a qual liga os direitos fundamentais à idéia de democracia, identificando-os como direitos de participação no processo democrático<sup>109</sup>.

Elencaram, também, a ‘Teoria dos Valores’, pela qual os direitos fundamentais são valores de caráter objetivo aceitos por determinada comunidade<sup>110</sup>.

Por fim, tem-se a ‘Teoria Institucional’, segundo a qual os direitos fundamentais estão inseridos no âmbito das instituições, apresentando uma dimensão eminentemente funcional<sup>111</sup>.

Ocorre que tais teorias ainda não conseguem criar uma unidade de sentido aos direitos fundamentais. Não raras vezes elas não se opõem. Na verdade, complementam-se. E mais: torna-se cada vez mais evidente que são múltiplas as faculdades inclusas em um único direito fundamental.

Observando qualquer dos direitos fundamentais, não se pode entendê-lo como uma “pretensão jurídica fundamental<sup>112</sup>” única. Em contrário, um mesmo direito fundamental pode conferir ao seu titular diversos tipos de faculdade e mais: um mesmo direito fundamental pode ter mais de um titular, assim como também pode ter mais de um sujeito passivo<sup>113</sup>. Tal afirmação implica no fato de que os direitos fundamentais podem ser classificados quanto aos sujeitos, ao conteúdo, ao regime que lhes é aplicado, dentre outros critérios também existentes.

Tomando como base as dimensões dos direitos fundamentais, tem-se que o problema, na verdade, consiste em descobrir-se o real traço distintivo entre os grupos existentes e não em conferir-lhes uma unidade.

---

<sup>109</sup> *Idem. Ibidem*, p. 1306.

<sup>110</sup> *Idem. Ibidem*, p. 1303.

<sup>111</sup> *Idem. Ibidem*, p. 1304.

<sup>112</sup> “*La respuesta más simple es que un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales*”. ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 241.

<sup>113</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 188-189.



Um critério largamente utilizado e explicitado por José Carlos Vieira de Andrade é o que considera os direitos de primeira dimensão como direitos de defesa e os direitos de segunda dimensão como direitos a prestações, separando-os, portando, de acordo com o conteúdo dos mesmos. Os primeiros seriam os que impusessem ao Estado o dever de abster-se, no que se refere às liberdades individuais. Já os direitos a prestações seriam os que impõem ao Estado o dever de agir, protegendo o conteúdo material dos direitos fundamentais<sup>114</sup>.

Ocorre que, consoante o próprio autor menciona, os direitos de defesa também necessitam de ações por parte do Estado que garantam a verdadeira não-intromissão no gozo dos mesmos. Por sua vez, em relação aos direitos sociais, dentre esses se encontram, por exemplo, o direito de greve e de liberdade sindical, os quais se concretizam também por meio de uma abstenção do Estado<sup>115</sup>.

Luis Prieto Sanchís traz um outro critério segundo o qual os direitos civis e políticos são anteriores a qualquer manifestação institucional e, muito embora possam precisar do Estado para garantir a sua concretização, não é o Estado essencial para o conteúdo de tais direitos. Em oposição, os direitos sociais apenas existem se pensados em conjunto com uma organização política<sup>116</sup>.

Aqui não se está incorrendo totalmente no mesmo equívoco em que a primeira classificação traz, uma vez dizer-se que tanto os direitos de primeira dimensão, como os de segunda, necessitam de uma estrutura estatal. Contudo, no caso dos direitos sociais em geral, essa estrutura deve ser mais robusta<sup>117</sup>.

Essa classificação é aprimorada com as lições de José Carlos Vieira de Andrade, para quem os direitos civis e políticos apresentam seu conteúdo essencial determinado em

---

<sup>114</sup> *Idem. Ibidem*, p. 192.

<sup>115</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. Revista del centro de estudios constitucionales. N. 22. set/dec 1995, p. 15.

<sup>116</sup> *Idem. Ibidem*, p. 13.

<sup>117</sup> *Idem. Ibidem*, p. 14.

sede de constituição, ao passo que os sociais necessitam que seu conteúdo, em maior ou menor medida, seja determinado para além da Constituição<sup>118</sup>.

Todavia, o fato de existirem direitos sociais que se concretizem por meio da abstenção estatal ainda configura um problema a ser resolvido na busca do regime específico dos direitos civis e políticos e dos sociais.

Desta feita, outro critério de distinção entre os direitos individuais e os sociais é o que leva em consideração as finalidades inerentes a cada um desses dois grupos de direitos. De tal modo, os direitos sociais são os que têm por finalidade alcançar a igualdade e os direitos individuais são os que pugnam pela liberdade dos indivíduos. Em conseqüência, a crítica que surge é a que diz respeito ao fato de que a igualdade jurídica constitui-se em um direito individual. Ao lado dessa, está a de que constitucionalmente não cabe realizar uma severa distinção entre liberdade e igualdade<sup>119</sup>.

Conforme se afigura, em razão dos mesmos motivos que tornam cruel a tentativa de se buscar uma unidade de sentido para os direitos fundamentais, crê-se não ser prudente falar em uma distinção rígida de acerca dos grupos de direitos fundamentais.

Noutro giro, considerando que tanto os direitos individuais quanto os sociais comportam ações negativas e positivas por parte do Estado, volta-se a atenção do presente trabalho para os direitos sociais de caráter prestacional expressos por meio de princípios, ou seja, para os direitos carentes de uma ação do Estado nos campos econômico, social e cultural para serem implementados<sup>120</sup> com vistas a dar vida à igualdade material, a criar condições iguais para os membros da sociedade por meio de políticas públicas.

Fala-se em princípios e políticas públicas em consonância com o pensamento de Fabio Konder Comparato, para quem a utilização dos princípios é a técnica primordial

---

<sup>118</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 192.

<sup>119</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>120</sup> SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 261.

utilizada para expressão dos direitos sociais prestacionais e as políticas públicas são o objeto dos mesmos<sup>121</sup>.

Feito isso, assunto a ser mencionado no momento, o qual será melhor explicitado no ponto seguinte, diz respeito à questão da eficácia e da efetividade dos dispositivos constitucionais que reconhecem os direitos sociais prestacionais.

Luís Roberto Barroso aponta a existência de três correntes doutrinárias sobre o problema<sup>122</sup>. A primeira delas enxerga os direitos sociais prestacionais como sendo direitos plenamente desfrutáveis pelos indivíduos. A segunda entende que tais direitos não são plenamente desfrutáveis, mas sim algo exigível do Estado e dependentes das limitações materiais e econômico-orçamentárias do próprio Estado. Por fim, a terceira corrente aduz que as normas definidoras de direitos sociais dependem da ação de uma norma infraconstitucional regulamentadora para que possam se tornar exigíveis, nas condições explicitadas pela segunda corrente.

Como resposta a tais correntes, Comparato menciona que os direitos sociais prestacionais, ainda que apenas se concretizem por meio de políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, são dotados de plena eficácia e força impositiva tal qual os demais direitos, “*não mais podendo ser considerados primos pobres da família*”<sup>123</sup>. Para tanto, fundamenta seu pensamento afirmando ser dever do Estado criar as políticas necessárias à concretização de tais direitos de caráter prestacional<sup>124</sup>.

Desta feita, o problema dos direitos sociais prestacionais, na verdade, está na efetividade das normas que os reconhecem. Para explicitar melhor tal afirmativa é preciso abrir um parêntese a explicitar que existe uma forte relação entre direitos subjetivos, Estado e

---

<sup>121</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 245-249.

<sup>122</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108.

<sup>123</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*, p. 252.

<sup>124</sup> *Idem*. *Ibidem*, p. 252.

sistemas econômicos. Por essa razão, cada uma dessas vertentes exerce influência nas demais.

Trazendo para o contexto estudado, tem-se, mais uma vez, que o Estado liberal, o qual adveio para frear os desmandos do regime monárquico anterior, tinha por característica assegurar as liberdades dos indivíduos contra os atos do próprio Estado dentro desse novo contexto de poder.

Influenciada pelo sistema capitalista, o qual intentava que os homens pudessem desenvolver suas atividades econômicas sem nenhuma intervenção de quem quer que fosse, a ideologia determinante do Estado caracterizado como liberal marcava-se pela não interferência desse na esfera individual das pessoas. Em suma, o Estado precisava abster-se de atuar nesse campo.

Nesse momento, surgiram fortes as teorias do direito subjetivo, criadas para embasar os direitos individuais de liberdade assegurados nas constituições liberais. Como o primado eram as relações individuais, tais teorias, também, apenas embasavam as relações ocorridas entre indivíduos singulares.

Ademais, vigorava nessa época o paradigma do direito patrimonial, do direito privado. De sorte que juízes e advogados aprendiam um direito ligado aos negócios, contratos e à propriedade privada<sup>125</sup>.

Todavia, com o caminhar da história, viu-se que o sistema capitalista e, conseqüentemente, a ideologia liberal entraram em crise.

Com o desenvolvimento da história, tomaram força as idéias de Keynes, para quem os momentos de crise são inerentes ao sistema capitalista e que a situação então vigente, caracterizada pela impossibilidade de a classe dominante consumir tudo o que produzia, apenas seria reequilibrada se o Estado assumisse funções complexas no domínio da promoção do desenvolvimento econômico, do combate ao desemprego e da redistribuição das riquezas,

---

<sup>125</sup> COURTIS, Christian. *Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social*. IN: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 186.

de modo que a classe trabalhadora pudesse consumir muito e provocar a circulação da riqueza<sup>126</sup>.

Paralelamente, surgiu a doutrina socialista, a qual influenciou a classe trabalhadora da época, classe essa que via sua dignidade ultrajada constantemente através do comportamento omissivo do Estado. Esses trabalhadores, portanto, brigavam por melhores condições de vida e pela implementação de uma igualdade material entre todos os homens.

Nesse novo momento, o Estado, agora qualificado de Estado Social, adotou uma nova postura e deixou de ser mínimo para intervir diretamente na economia, configurando-se num garantidor de serviços para a população. Os direitos ditos sociais, por consequência, começaram a ser reconhecidos e assegurados constitucionalmente.

Conforme já se disse no capítulo anterior, o Estado Social é apenas a conjugação dos interesses da classe trabalhadora com os interesses da classe detentora das riquezas, os quais seriam atingidos pelo mesmo meio.

Com o passar do tempo, o sistema capitalista entrou novamente em crise, entrando em num novo ciclo, em que ressurgiram com bastante força os ideais liberais, agora chamados neoliberais.

Por conseguinte, com os neoliberais, encabeçados por Milton Friedmam, ressurgiu o mito de que o mercado pode auto-regular-se, de modo que o Estado não deve intervir na economia, bem como que o Estado Social deveria extinguir-se. Para os neoliberais deve-se rejeitar “*o objetivo da redução das desigualdades, em nome de qualquer ideal de equidade e justiça: as políticas que buscam realizar a justiça social distributiva são sempre encaradas como um atentado contra a liberdade individual*”<sup>127</sup>.

Diante disso, considerando que a doutrina capitalista nunca deixou de influenciar os caminhos a serem tomados pelo Estado, não se cuidou de atualizar a teoria dos direitos

---

<sup>126</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>127</sup> *Idem. Ibidem*, p. 38.

subjetivos até então largamente propagada. Em consequência, os direitos atinentes aos grupos não se enquadravam perfeitamente nas teorias dos direitos subjetivos existentes. Ademais, não se teve o cuidado de formular um paradigma acerca do conteúdo dos direitos sociais, talvez pelo fato de tais direitos serem considerados direitos jovens, reconhecidos há pouco tempo, se comparados com os direitos individuais<sup>128</sup>.

Desta feita, o Poder Judiciário, através da maioria de seus magistrados, continua vinculado ao paradigma privatista dos direitos individuais, de modo que também não cuidou de proteger estes direitos sociais reconhecidos constitucionalmente sob a alegação de que não há como garantir a sua concretização no mundo fático, tal qual pode acontecer com os direitos individuais de liberdade. Além do mais, foi difundido o argumento de que a implementação dos direitos sociais é dependente das possibilidades econômico-orçamentárias de um dado país.

Em razão disso, os cidadãos tinham reconhecidos em seu favor os direitos sociais, mas não possuíam meios de exigir do Estado a atuação de forma positiva, com vistas a tornar efetiva aquelas normas asseguradoras de tais direitos. Em outras palavras, tinham o direito à saúde, por exemplo, mas não possuíam meios, ou quem sabe até mesmo o próprio direito, de exigir do Estado o acesso às políticas públicas que lhes eram necessárias.

Vê-se então completamente atual uma das frases escritas por Bobbio, para quem “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*”<sup>129</sup>.

Contudo, não se pode deixar que direitos com eficácia jurídica plena pereçam de efetividade em virtude da sobreposição dos interesses do Capitalismo ao Direito.

Sendo assim, em que pese à teoria dos direitos subjetivos ter continuado quase que estagnado, foi reconhecido aos indivíduos o direito ao desenvolvimento, enquanto direito de

---

<sup>128</sup> COURTIS, Christian. *Op. Cit.*, p. 187.

<sup>129</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 43.

acesso às políticas públicas as quais irão concretizar os direitos sociais, tornando efetivas as normas constitucionais que os contemplam.

Sendo o direito ao desenvolvimento reconhecido pelas constituições, aos cidadãos será possível buscar o Judiciário, nos moldes em que será mencionado em momento oportuno, com vistas a exigir o acesso às políticas públicas necessárias a concretizar os direitos sociais e, conseqüentemente, o desenvolvimento enquanto conteúdo material.

Corrobora-se aqui a idéia de dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que os direitos vão sendo reconhecidos de acordo com a necessidade dos indivíduos, bem como para assegurar a efetividade e materialidade dos direitos reconhecidos anteriormente.

Tendo os direitos sociais o papel de promover a igualdade material e, conseqüentemente, a liberdade (objetivo dos direitos de primeira dimensão), o direito ao desenvolvimento, enquanto direito de terceira dimensão, apresenta-se como instrumento necessário para se assegurar a promoção da igualdade material entre os homens.

### 3.2 DO RECONHECIMENTO DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 AO CONCEITO ATUAL DE SAÚDE

Os princípios configuram-se como normas de extrema importância para o Direito, podendo ser encontrados de forma explícita ou implícita dentro de um dado Ordenamento Jurídico estatal.

Dentre os princípios conformadores do cerne do Ordenamento Jurídico brasileiro destacam-se o princípio da dignidade humana e do direito à vida. Por dignidade humana entende-se um sentimento elementar do homem, intrínseco à sua natureza e existência. Sem dignidade não há vida, mas sim sobrevivência, pois tal conceito reúne o mínimo necessário ao adequado desenvolvimento humano. Desde o século XIII, ainda com o advento da Magna

Charta Libertarum, o princípio da dignidade humana vem motivando a previsão legal e, conseqüente, a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos. Não há, na atualidade, um Estado Democrático de Direito que não assegure aos seus cidadãos direitos fundamentais e uma existência digna.

A Constituição Federal de 1988, pautando-se em tal realidade, inseriu em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do seu Estado Democrático de Direito. Para que tal fundamento venha a ser assegurado na prática, faz-se imprescindível à efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, dentre eles a saúde, a vida, a educação, a cidadania etc.

O direito à vida, constitucionalmente assegurado no art. 5º, caput, por meio de sua inviolabilidade, confere a possibilidade de ver tutelados direitos fundamentais básicos, pelo Estado, tais como saúde. O direito à vida consubstancia-se não apenas na proteção da garantia de vida, mas também na manutenção de uma vida digna, dotada de qualidade. Sendo assim, nada mais razoável que o Estado, enquanto gestor do interesse público atue de modo a efetivar tais direitos, reservando à iniciativa privada a complementação de sua atuação, na medida do interesse e necessidade do cidadão.

Enquanto corolário do direito à vida, o art. 6º da Constituição Federal de 1988, estabeleceu o direito à saúde como sendo um direito fundamental social, de aplicabilidade imediata, uma vez assegurar que *“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”*.

A nossa Constituição, portanto, nada mais fez do que seguir os passos inerentes ao reconhecimento dos direitos sociais, tal como fizeram inúmeros países após o término da II



Guerra Mundial, na esteira do pensamento dos documentos internacionais publicados nessa época, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>130</sup> elaborada pela ONU.

Sendo os direitos sociais aqueles cuja finalidade seria promover a igualdade material entre os homens, a saúde necessariamente deve estar entre eles. Ademais, sendo a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito, não podia deixar o direito fundamental social à saúde fora da maior Lei do Estado.

Demonstrado o reconhecimento do direito à saúde pela Constituição Federal de 1988, necessário faz-se delimitar o conceito de saúde, de modo a saber exatamente o conteúdo do mencionado direito constitucionalmente abraçado.

Dessa maneira, faz-se necessário dizer que o vocábulo ‘saúde’ não possui um conceito estático, constante no tempo. Ao contrário, o entendimento que se tem do que venha a ser saúde variou no tempo e no espaço.

A primeira idéia que se teve de saúde é que essa seria a ausência de atuação de demônios no corpo das pessoas<sup>131</sup>. Já na antiguidade grega, a idéia de saúde passou a ser relacionada à atuação dos fatores ambientais nessa seara. Passando à Idade Média, a saúde voltou a ser vista como uma forma de castigo imposto pelos deuses, em face de pecados praticados pelos humanos. Com o Renascimento, os conhecimentos oriundos da antiguidade greco-romana retornaram com mais força, de modo que se pode afirmar que o embrião da idéia atual de saúde encontra-se nesse período<sup>132</sup>. Com a Revolução Industrial e a proliferação de doenças entre os trabalhadores, a saúde passou a ser entendida como o bom funcionamento do corpo.

---

<sup>130</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe em seu art. XXV que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”. Disponível em [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php). Último acesso em 29 de junho de 2008.

<sup>131</sup> SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao Social: A trajetória da saúde pública*. São Paulo: Senac São Paulo, 2002, p. 10.

<sup>132</sup> *Idem. Ibidem*, p. 17.

Realmente, de forma simplória e estrita, ter saúde seria possuir um bom funcionamento dos órgãos, esses compreendendo tecidos e células do corpo humano. A saúde seria a ausência de doença. Aqui, perecendo de saúde o corpo, a esse seria aplicado medicamentos com o intuito de restabelecer o bom estado de vida.

Todavia, atualmente, saúde não implica apenas na ausência de doença, fazendo-se necessário ampliar o referido conceito. A Organização Mundial de Saúde - OMS alargou o conceito de saúde, de forma que essa deveria passar a ser entendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social<sup>133</sup>.

Em sendo assim, a idéia que se tem atualmente sobre o que é saúde está intimamente ligada com a questão do desenvolvimento enquanto conteúdo material, assim como da pobreza.

Conforme se viu no ponto 2.4 do presente trabalho, o conteúdo material do termo 'desenvolvimento' remete-nos à idéia de melhoria das condições de vida do cidadão, de concretização dos direitos sociais reconhecidos juridicamente, estando, dentre esses, o direito fundamental social à saúde.

Por sua vez, a pobreza seria a privação das capacidades básicas inerentes ao homem e, conseqüentemente, de uma boa qualidade de vida<sup>134</sup>. Vê-se, portanto, que a idéia de pobreza não deve ater-se somente a quantidade de renda auferida por determinada pessoa em relação à média nacional, haja vista que essa medida apenas, por não levar em conta aspectos pessoais de quem obtém a quantidade de renda, pode não revelar exatamente as condições de vida de cada cidadão. A obtenção de renda seria um dos caminhos para se ter liberdade de satisfazer as capacidades básicas por parte dos cidadãos, de acordo como o modo que os mesmos considerem melhor para si.

---

<sup>133</sup>A Constituição da OMS está disponível em: [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf).

<sup>134</sup> SEN, Amartya. *Op. Cit.*, p. 109.

Em sendo assim, tendo em vista que a idéia de saúde não deve estar apenas ligada ao físico do homem, mas também ao seu equilíbrio mental, social e espiritual, tal qual entende a OMS, ter saúde é, na verdade, possuir qualidade de vida, implicando no desfrute das necessidades básicas (alimentação, vestuário, moradia, dentre outros), passando pela necessidade de segurança jurídica e social, bem como pela necessidade de afeto e auto-estima elevada. De uma forma geral, ter saúde é viver o desenvolvimento e não a pobreza.

Aqui é preciso dizer-se que dispor de saúde, além de ser viver o próprio estado de desenvolvimento, também é o caminho inicial para chegar a viver esse desenvolvimento.

Esse é o pensamento formulado por Amartya Sen, no sentido de que se a percepção de renda é um dos caminhos para se alcançar uma boa qualidade de vida, levando em conta as necessidades e capacidades de cada cidadão<sup>135</sup>, ter saúde aumenta o potencial de a pessoa poder trabalhar, ter uma renda condizente com as suas necessidades e, conseqüentemente, viver com qualidade de vida, viver o desenvolvimento.

Diante das idéias desenvolvidas, vê-se que o direito à saúde não é um direito estanque, o qual pode ser assegurado em sua completude isoladamente.

Em contrário, carece da atuação do Estado não só nas áreas atinentes ao bem estar estritamente físico do indivíduo, mas também em sua esfera social, com a garantia material de direitos tais como a educação, a moradia, o lazer, o emprego digno, dentre outros, de modo a completar a idéia de saúde como qualidade de vida, como vivência do desenvolvimento enquanto conteúdo material.

Contudo, para que se possa dar continuidade ao presente trabalho, tem-se que a saúde será analisada como a ausência de doença no corpo humano.

---

<sup>135</sup> *Idem. Ibidem*, p. 113.

### 3.3 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DA NORMA DEFINIDORA DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Tomando por base a essência de uma Constituição, tem-se por certo que suas normas não são meros “enfeites” jurídicos<sup>136</sup>. Ao contrário, estão ali para serem observadas. Como bem observa Canotilho, a Constituição é um conjunto de normas concebidas como “*verdadeiras imposições constitucionais de execução permanente e contínua*”<sup>137</sup>. Desta feita, pode-se adentrar efetivamente ao assunto condizente com a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

De início, é mister dizer que uma norma apenas é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, os conceitos de eficácia e aplicabilidade são imbricados, referindo-se aquela ao contexto da potencialidade de produção de efeitos e esta ao âmbito da realizabilidade desses efeitos.

Malgrado, para que seja encontrado o que realmente é a eficácia jurídica, Riccardo Guastini aduz que se faz necessário diferenciá-la dos conceitos de existência e de validade. Segundo ele, para se dizer que uma norma jurídica existe, “*é suficiente que tenha sido criada por uma autoridade normativa prima facie competente para criar esse tipo de norma*”<sup>138</sup>.

Por seu turno, a validade da norma jurídica “*designa a relação de conformidade entre uma norma, uma disposição ou uma fonte, e as normas que regulam sua produção*”<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> Konrad Hesse, em sua obra denominada “A força normativa da Constituição”, aduz que a Lei Maior de um país adviria da realidade, sendo condicionada por esta, mas no momento em que surge, intenta condicioná-la. Por tentar ordenar a realidade, reveste-se de força normativa. Por sua vez, esta força advém da crença na inviolabilidade da Constituição e, em seu âmago, na vontade constitucional que assim seja.

<sup>137</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 223.

<sup>138</sup> “*Para que uma norma exista em el ordenamiento, em cambio, no es preciso tanto: es suficiente que sea creada por una autoridad normativa prima facie competente para crear esse tipo de normas*”. GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoria y metateoría del derecho*. Traducción: Jordi Ferrer i Beltran. Barcelona, Espanha: Gedisa editorial, 1999, p. 320.

<sup>139</sup> “*Valides´ designa, más bien, la relacion de conformidad entre una norma, una disposición o una fuente, y las normas que regulan su producción*”. *Idem. Ibidem*, p. 320.

Paulo Hamilton Siqueira Júnior vai mais longe ao tratar a questão da validade sob uma ótica formal, bem como sob a axiológica, exprimindo pensamento de que uma norma é válida apenas se combinar ambos os aspectos<sup>140</sup>. O aspecto formal seria cumprido nos termos trazidos por Guastini, explicitados acima. Por sua vez, o aspecto axiológico seria observado se a norma tivesse como fundamento a Justiça. Em outras palavras, se observasse o disposto na Constituição Federal, bem como guardasse consonância com os valores sociais.

Por fim, a eficácia jurídica refere-se à “*capacidade de produzir efeitos jurídicos*”<sup>141</sup>.

Distingue-se, portanto, do conceito de validade normativa, pois se deve considerar que para uma norma produzir efeitos jurídicos, basta que exista, não sendo necessário que tenha sido confeccionada de acordo com todas as normas as quais regulam a sua produção.

Eros Roberto Grau sente, ainda, a necessidade de distinguir eficácia jurídica de vigência: uma norma pode ser vigente, ou seja, estar apta a regular, em momento atual, as condutas sociais, mas não ser capaz de produzir os efeitos jurídicos aos quais se destinou<sup>142</sup>.

José Afonso da Silva percebe a eficácia em dois contextos, um social e um jurídico. No primeiro deles, “*designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma*”<sup>143</sup>. Seria a chamada efetividade da norma. Por sua vez, a eficácia jurídica seria, assim como no entendimento de Riccardo Guastini, “*a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos*”<sup>144</sup>, ou, no entender de Paulo Hamilton Siqueira Júnior, a possibilidade de aplicação da norma<sup>145</sup>.

Noutro giro, considerando que a aplicabilidade de uma norma está condicionada a sua eficácia jurídica, ou seja, a sua qualidade de produzir efeitos tem-se que a aplicabilidade

<sup>140</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 101 e ss.

<sup>141</sup> “*En el lenguaje doctrinal, el vocablo ‘eficacia’ -predicado de normas o de actos jurídicos- significa capacidad de producir efectos jurídicos*”. GUASTINI, Riccardo. *Op. Cit.*, p. 321.

<sup>142</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 276.

<sup>143</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>144</sup> *Idem. Ibidem*, p. 66.

<sup>145</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Op. Cit.*, p. 112.

das normas jurídicas pode ser concebida em duas vertentes. A primeira diz respeito ao âmbito dos particulares, tendo lugar quando esses cumprem o que a norma determina, tornando-a efetiva socialmente.

A segunda vertente é atinente à aplicabilidade das normas também no âmbito do Judiciário. Neste sentido, refere-se à interpretação da norma jurídica geral, criando uma norma jurídica concreta, específica para o caso concreto.

Por fim, é imperioso dizer que no campo de aplicação das normas por parte do Judiciário, fala-se, recentemente, em efetividade jurídica e efetividade material. A primeira seria aquela “*que se manifesta quando realizada a conformidade de uma situação jurídica concreta ao modelo que constitui a norma*”<sup>146</sup>. Por seu turno, a segunda, teria o mesmo conceito de eficácia social existente quando da aplicação do direito pelo indivíduo, sendo conceituada como aquela “*que se manifesta quando realizada a conformidade da situação de fato à situação jurídica outorgada ou imposta ao sujeito mercê da efetividade jurídica da aplicação da norma*”<sup>147</sup>.

Passados os conceitos genéricos de eficácia e aplicabilidade, tem-se o estudo vertido para as normas constitucionais. Nesse sentido, uma vez que o conceito de eficácia jurídica implica na qualidade da norma produzir em maior ou menor grau efeitos jurídicos, pode acontecer de existirem normas constitucionais que não produzam todos os seus efeitos jurídicos desde o momento de sua criação.

Pensando dessa forma, Meirelles Teixeira classificou as normas constitucionais em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.

As normas enquadradas na primeira categoria seriam aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição, apresentam a qualidade de produzir todos os efeitos essenciais que lhe são inerentes, implicando na sua aplicabilidade total tanto pelo indivíduo, quanto pelo

---

<sup>146</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.*, p. 277.

<sup>147</sup> *Idem. Ibidem*, p. 277.

Judiciário. Assim acontece posto que o Constituinte “*criou, desde logo, uma normatividade para isto suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto*”<sup>148</sup>.”.

Já as normas constitucionais de eficácia limitada, em contrário, assim seriam denominadas posto não produzirem todos os efeitos essenciais que lhe são inerentes desde logo, uma vez que o Constituinte não lhes conferiu normatividade suficiente<sup>149</sup>. Seriam normas que por si só não poderiam determinar uma situação atual.

Em conseqüência, as normas de eficácia plena seriam dotadas de aplicabilidade imediata, incidindo direta e imediatamente sobre os fatos que intentou regular, ao passo que as normas de eficácia limitada regulariam indireta e mediamente as situações a que se referem.

Meireles Teixeira, além de dividir as normas constitucionais em dois grupos, ainda subdivide o grupo das normas de eficácia limitada em normas programáticas e normas de legislação.

As primeiras constituíam-se em verdadeiros programas de ação a serem executados pelo legislador ordinário, apresentando conteúdo ético-social, em consonância com o compromisso assumido pelo Estado Social<sup>150</sup>. Já as normas de legislação não apresentariam essa nuance de compromisso assumido pelo Estado, por quanto se constituíam em normas de caráter organizatório do Estado<sup>151</sup>.

Adotando-se essa classificação, percebe-se que as normas definidoras de direitos sociais encontrar-se-iam no grupo das normas programáticas e, consoante menciona o próprio autor, por suscitarem conflitos de interesses, não são passíveis de uma rápida complementação.

---

<sup>148</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 317.

<sup>149</sup> *Idem. Ibidem*, p. 317.

<sup>150</sup> *Idem. Ibidem*, p. 317.

<sup>151</sup> *Idem. Ibidem*, p. 330-331.

José Afonso da Silva, desenvolvendo a classificação criada por Meirelles Teixeira, divide as normas constitucionais quanto à sua eficácia da seguinte forma: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicação direta, imediata e integral; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicação direta, imediata, mas não integral e, por fim, c) normas constitucionais de eficácia limitada e aplicação indireta, mediata e reduzida.

No tocante às normas de eficácia plena, as mesmas apresentam as mesmas nuances expostas por Meirelles Teixeira. Passando às normas constitucionais de eficácia contida, essas seriam as que apresentam a qualidade de produzir todos os efeitos que lhe são inerentes, mas podem ver reduzido, pelo legislador ordinário, o campo de incidência desses efeitos. Assim o é, pois estão “*sujeitas à restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade*”<sup>152</sup>. Por fim, no tocante às normas de eficácia limitada, o autor segue a linha de pensamento já exposta, uma vez defini-las dizendo que embora possuam a qualidade de produzir efeitos, esses não são aptos a acontecerem em sua inteireza. Contudo, segundo o autor, esse tipo de norma apresenta sim aplicabilidade imediata, direta e integral, mas apenas nos seguintes casos elencados a baixo, senão vejamos:

*“a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou os atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário”*<sup>153</sup>.

Dando continuidade, o autor subdivide esse grupo em a) normas constitucionais de princípios institutivos e b) normas constitucionais de princípio programático. Ocorre que ao dividir as normas constitucionais de eficácia limitada nesses dois grupos, aduziu que as normas de princípio programático “*traduzem os elementos sócio-ideológicos da Constituição,*

---

<sup>152</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 83.

<sup>153</sup> *Idem. Ibidem*, p.164.



*onde se acham os direitos sociais, tomada, aqui, a expressão direitos sociais num sentido abrangente também dos econômicos e culturais*<sup>154</sup>”.

Após a Constituição de 1988, outros dois autores imprimiram no mundo jurídico novas classificações das normas jurídicas quanto a sua eficácia jurídica.

Maria Helena Diniz, inicialmente, dividiu as normas em quatro grupos: a) normas constitucionais de eficácia absoluta, as quais independem da atuação do legislador para produzir efeitos e não são passíveis de emenda à Constituição, sendo, portanto, intangíveis, com eficácia reforçada em relação às normas de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia plena, as quais independem de atuação do legislador infraconstitucional, mas são passíveis de emenda constitucional que modifiquem o seu conteúdo; c) normas constitucionais de eficácia relativa restringível, as quais produzem os seus efeitos essenciais desde logo, mas são passíveis de terem seu conteúdo restringido pelo legislador ordinário e, por fim, d) normas constitucionais de eficácia relativa dependente de complementação, as quais não têm o condão de gerar todos os seus efeitos desde logo, compreendendo as normas de princípio institutivo e normas programáticas<sup>155</sup>.

Desta feita, vê-se ter continuado o entendimento de que os direitos sociais, na verdade, constituir-se-iam em programas de ação a serem executados pelo Estado.

Com base nisso, nesse momento deve-se falar de Luis Roberto Barroso que, ao criar uma nova classificação, utilizou como elemento norteador a função exercida pelas normas constitucionais no âmbito do seu diploma legal. O autor dividiu as normas constitucionais em: a) normas organizadoras, sendo essas as que têm por objetivo a organização do exercício do poder político; b) normas constitucionais definidoras de direitos e, por fim, c) normas constitucionais programáticas, as quais têm por fim estabelecer os fins, as diretrizes, os programas norteadores do Estado nascente. Em relação às normas constitucionais definidoras

---

<sup>154</sup> *Idem. Ibidem*, p.139.

<sup>155</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 97 e ss.

de direitos, o autor divide-as em normas que definem situações jurídicas plenamente desfrutáveis, normas jurídicas que carecem da execução de uma ação por parte do Estado e normas jurídicas que dependem da intervenção do legislador ordinário<sup>156</sup>.

Fazendo uma análise das classificações apresentadas, tem-se que todas partem da premissa de que não existe norma constitucional dotada de eficácia. Entretanto, admitem que existem normas que não são capazes de produzir todos os seus efeitos essenciais desde o momento de seu nascimento. Desse modo, não há que se falar numa inteira incompatibilidade entre elas.

Contudo, entre os primeiros critérios e o último apresentado por Luís Roberto Barroso tem-se uma diferença, haja vista que nesse as normas constitucionais são classificadas de acordo com seu conteúdo, o que implica na existência de normas de eficácia limitada em todos os grupos expostos.

A nosso ver, nada mais correto, uma vez que está sob o cerne de normas programáticas uma grande variedade de normas constitucionais de conteúdo distinto<sup>157</sup>. Ingo Sarlet menciona que o conteúdo do dispositivo é que vai determinar a sua normatividade. Em face disso, o que existe são normas constitucionais com alta densidade normativa, com média densidade normativa e com baixa densidade normativa<sup>158</sup>.

Nesses termos, pode haver normas definidoras de direitos sociais dotadas de uma considerável carga normativa, implicando na existência de normas desse tipo que não sejam classificadas como programáticas.

Noutro giro, mesmo que não seja adotado esse pensamento, tem-se o artigo 5º, parágrafos primeiro e segundo da Constituição brasileira, os quais apresentam a seguinte redação:

---

<sup>156</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 91 e ss.

<sup>157</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 286.

<sup>158</sup> *Idem. Ibidem*, p. 230.

*“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*(...)*

*§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

*§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

*(...)”.*

Observando o parágrafo primeiro do artigo 5º acima transcrito, tem-se determinado que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata. Em seguida, o Constituinte dispôs que não apenas os direitos elencados no artigo 5º seriam os direitos fundamentais abraçados pela Constituição brasileira. Em contrário, outros decorrentes do regime e dos princípios adotados também são considerados direitos fundamentais e, conseqüentemente, possuem aplicação imediata. A única ressalva que se faz é que tais direitos apresentem equivalência de conteúdo e dignidade com os demais existentes no aludido artigo<sup>159</sup>.

Nesse caso há que se falar na eficácia dos direitos fundamentais em relação ao Estado e em relação aos indivíduos que o compõe. No que tange a esses últimos, as normas definidoras de direitos sociais podem até não produzir todos os seus efeitos. Contudo, em relação ao Estado, tais normas são perfeitamente auto-aplicáveis. Os poderes constituídos não possuem a faculdade de eximir-se da obrigação de concretizar os aludidos direitos, de arrastar no tempo a não implementação dos mesmos.

Em outras palavras, o Estado tem o dever imediato de atuar de forma positiva, criando políticas públicas, de modo a atingir a referida igualdade, independente de qualquer ato anterior, sob pena de descaracterizar o princípio da força normativa da constituição, de tornar os direitos sociais inefetivos, posto que não observados.

---

<sup>159</sup> LOCATELLI, Liliansa. *Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988*. In: BARRAL, Welber. *Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 111.

Trazendo à baila o direito a saúde, tem-se que o mesmo foi reconhecido em nossa Constituição no seu art. 6º, o qual determina que “*São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”.

Em conseqüência, por força do parágrafo primeiro do artigo 5º do mesmo Diploma Legal, os direitos reconhecidos no referido artigo, incluindo aí o direito à saúde, apresentam eficácia plena e aplicabilidade imediata em relação ao Estado, o qual tem o dever de adotar condutas que os concretizem.

Em específico, no que toca ao direito à saúde, o próprio Constituinte menciona ser dever imediato de o Estado concretizá-lo, nos termos do art. 196 da nossa Constituição Federal:

*“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”.*

Contudo, ainda que o Estado deva agir de modo positivo, deva implementar as políticas públicas necessárias a concretizar os direitos sociais, os mesmos não são estranhos ao problema da inefetividade.

Fazendo um parâmetro com os direitos individuais, se os cidadãos destinatários dos mesmos podem descumprir as normas que os asseguram, o mesmo pode acontecer com o Estado e os direitos sociais, só que de modo mais agravado.

Assim se diz, pois se em relação aos direitos individuais os titulares desses podem requerer do Estado a proteção necessária. Já no que toca aos direitos sociais, os indivíduos da sociedade não tem como exigir de forma direta a implementação de políticas públicas necessárias.

Ocorre que, conforme se disse no ponto 3.1 do presente trabalho, eis que o direito ao desenvolvimento passou a figurar no rol dos direitos de terceira dimensão, com vistas a

possibilitar o acesso dos indivíduos ao Judiciário, representados por quem de direito, intentando ver assegurado o seu direito de acesso às políticas públicas que lhe são necessárias, caso essas não sejam pronta e efetivamente executadas pelo Estado.

Aqui deve ser aberto um parêntese para se explicitar melhor o assunto. Ainda que se adote a idéia de que as normas definidoras de direitos sociais são programáticas, que se construa o pensamento que mesmo assim o Estado tem o dever imediato de programar políticas públicas que concretizem tais direitos, que se firme o pensamento de que o reconhecimento do direito ao desenvolvimento garante o acesso da sociedade ao Judiciário pugnando pelo direito de acesso a políticas públicas que lhe são necessárias, alguns direitos prestacionais ainda correm riscos de se tornarem inefetivos.

Assim se diz, pois mesmo dentro do grupo das normas programáticas existem enunciados com grau de densidade normativo diferenciados. Tomemos o exemplo do direito à saúde e do direito ao trabalho. Resta claro que o primeiro, para ser concretizado, necessita de ações objetivas que previnam doenças, construção de postos de saúde e hospitais, contratação de profissionais da área da saúde, fornecimento de medicamentos e etc. Já o direito ao trabalho não possui meios de implementação tão claros assim. Apenas pode depreender-se que aos cidadãos deve ser garantido o direito de participar de uma relação de trabalho e receber remuneração por isso, mas como isso vai ser garantido não resta claro.

Desta feita, mesmo tendo como substrato o direito ao desenvolvimento, ainda resta prejudicado o direito do cidadão de intentar o acesso a políticas públicas concretizadoras do direito ao trabalho. Em contrário, tal não acontece com outros direitos, a exemplo do direito à saúde, à educação etc.

Voltando ao assunto do direito ao desenvolvimento, tem-se que muito embora os direitos fundamentais de terceira dimensão ainda estejam em fase de teorização, como

também de positivação, já foram reconhecidos em âmbito internacional<sup>160</sup> e, hodiernamente, passam a sê-lo em campo nacional.

No caso brasileiro, em que pese tais direitos não verem ser formulado em seu favor um capítulo dentro das constituições cujo título seria ‘Dos Direitos de Solidariedade/Fraternidade’, o direito ao desenvolvimento, aparece de maneira implícita na nossa Constituição.

Assim se diz, pois a Constituição Federal brasileira de 1988, por meio de seu art. 3º, dispôs da seguinte maneira:

*Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

***II – garantir o desenvolvimento nacional;***

*III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

*IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Inicialmente, pela análise do conteúdo material do mesmo artigo, percebe-se que quando o Constituinte mencionou o ‘desenvolvimento nacional’ estava referindo-se ao desenvolvimento da Nação brasileira.

Em se constituindo objetivo da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento da Nação brasileira, tem-se contemplado o desenvolvimento enquanto conteúdo material. Há uma norma constitucional garantido, portanto, a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos de um dado espaço jurídico.

Ocorre que se, de acordo com a Declaração sobre o Desenvolvimento, o direito ao desenvolvimento é o direito de participar do próprio desenvolvimento, então a nossa Constituição ao garantir expressamente o desenvolvimento nesse segundo sentido, termina por garantir também implicitamente o próprio direito ao desenvolvimento, nos termos explicitados no ponto 2.4 do presente trabalho.

---

<sup>160</sup>No tocante à normatização internacional do desenvolvimento, deve-se mencionar a Resolução 36/133 – ONU, a Resolução 38/124 – ONU, a Resolução 1985/43 – ONU, a Resolução 40/128 – ONU, de modo a corroborar o entendimento de que já é pacífico internacionalmente que é o desenvolvimento um direito humano inalienável.

Com essa significação, logo se percebe a inter-conectividade de incisos existentes no artigo acima transcrito: o Constituinte tentou demonstrar que apenas se constrói uma sociedade justa por meio do desenvolvimento de toda a Nação o que, conseqüentemente, erradica a pobreza existente, bem como promove o bem de todos, sem distinção de qualquer natureza.

Desta feita, em face da fundamentalidade do desenvolvimento nesse processo, o Constituinte brasileiro elevou o direito fundamental ao desenvolvimento a objetivo fundamental a ser cumprido pela República brasileira.

Em conseqüência, percebe-se que os Poderes Executivo e Legislativo, destinatários finais dos artigos definidores de direitos sociais, principalmente os reconhecidos por meio de enunciados com considerável grau de densidade normativa, mais especificamente do direito à saúde, não podem furtar-se desses atos alegando que os direitos sociais constituem-se em meros programas de ação. Esse mesmo raciocínio também deve ser aplicado ao Judiciário.

Continuando a linha de raciocínio, por força do direito ao desenvolvimento, aos cidadãos foram assegurados os direitos sociais, mas não só esses de modo formal, lhes foi assegurado também, no caso dos direitos sociais reconhecidos por meio de enunciados com considerável grau de normatividade, o direito de participar das políticas públicas que realmente os concretizam.

Portanto, de acordo com todo o exposto, não cabe ao Estado (*lato sensu*) determinar o momento em que será garantido o direito à saúde, nem os termos em que este acontecerá. Ao contrário, tem o dever de prestar a assistência quando ela estiver sendo necessária, de acordo com as carências do povo brasileiro. Se assim não fosse, o direito social em comento restaria inócuo.

### 3.4 UM ENFOQUE CONSTITUCIONAL ACERCA DA SAÚDE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS

Conforme se viu o ponto 3.3 desse trabalho, no caso brasileiro, o direito à saúde configura-se num direito público subjetivo de todo o cidadão, o qual deve ser prestado pelo Estado, esse compreendendo os três poderes que o compõe, nos termos do art. 196 da nossa Constituição.

Por sua vez, o art. 197 do mesmo diploma legal determina que o Estado deve cumprir o referido dever por meio de ações e serviços de saúde, cabendo-lhe, também, dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controles das mencionadas ações e serviço. Materializa-se aqui, verdadeiramente, o caráter prestacional do direito à saúde.

Em conseqüência, o art. 198 dispõe que essas ações e serviços integram uma rede regionalizada, hierarquizada, de forma a constituir um sistema único, descentralizado, com direção única em cada esfera de governo.

Tem-se firmada aqui a criação de um Sistema Único de Saúde - SUS, com o intuito de garantir a saúde aos cidadãos brasileiros e com função primordial de realizar o mencionado conjunto de ações e serviços de saúde a serem prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

A criação de um ente com essa finalidade remonta meados dos anos 70 do século passado. Assim o é, pois em 1975 foi promulgada a Lei nº 6.229, a qual tinha como objetivo criar o Sistema Nacional de Saúde.

Em seguida, no ano de 1977, foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, por meio da Lei 6.439. Todavia, esse instituto naufragou,



pois não era de acesso universal, tendo como público alvo, apenas, os empregados segurados do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS.

Já em 1978 foi realizada a Conferência de Alma-Ata, realizada pela Organização Mundial de Saúde, a qual tinha como lema o slogan ‘Saúde para todos no ano 2000’. Discutiu-se nesse encontro sobre as possibilidades e os meios de se expandir o atendimento de saúde para as pessoas.

Iniciou-se o ‘Movimento da Reforma Sanitária Brasileira’ voltado à construção de uma nova política de saúde fundada na descentralização, universalização e unificação.

Foi assim que em 1980 foi criado o Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde (PREV-SAÚDE), o qual, todavia, nunca saiu do papel.

No entanto, apenas a título de informação, o referido plano tinha como objetivo a ampliação da rede básica de saúde, de modo a estendê-la a toda a população brasileira.

A partir do aludido programa, criou-se o plano denominado “Ações Integradas de Saúde – AIS”, no ano de 1983, adotando-se como princípios a co-gestão, a desconcentração e a universalização do atendimento à saúde, cuja implementação ficou a cargo do Conselho Nacional de Administração de Saúde Previdenciária - CONASP.

No ano de 1986 foi realizada a VIII Conferência Nacional de Saúde, a qual tinha como objetivo difundir três idéias, quais sejam elas: a) transferir a responsabilidade da prestação da assistência à saúde do governo da União para os governos locais; b) consolidar o financiamento e a provisão de serviços públicos de saúde, orientando-os para a equidade, a universalidade e a integralidade da atenção; e c) facilitar a participação efetiva da comunidade no planejamento e controle do sistema de saúde<sup>161</sup>.

Por sua vez, no ano de 1987 foi criado o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde - SUDS, o qual veio a adotar como diretrizes a universalização e a equidade no acesso

---

<sup>161</sup> Relatório intitulado “A Saúde no Brasil”. Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS/OMS. Escritório de Representação no Brasil, 1998, p. 30.

aos serviços, a integralidade dos cuidados, a regionalização dos serviços de saúde e implementação de distritos sanitários, a descentralização das ações de saúde, o desenvolvimento de instituições colegiadas gestoras e o desenvolvimento de uma política de recursos humanos.

Através da criação de tais institutos, vê-se que havia na sociedade da época o desejo pela melhoria do sistema de saúde então vigente, haja vista os problemas que vinha apresentando, muito embora tenham evoluído ao logo do tempo.

Foi assim que o SUDS pôde apresentar adesão a princípios básicos do sistema de saúde desejado pela população, tais como os da universalidade e da integralidade. Desta forma foi que tais princípios foram incorporados ao texto da Constituição Federal de 1988, a qual instituiu o SUS.

Além da universalidade, da integralidade, deve-se mencionar que o SUS, nos termos em que foi criado pela Constituição de 1988, tem como características, também, a regionalização e a hierarquização e a descentralização da administração na consecução de seus objetivos.

A descentralização na administração implica na transferência de responsabilidades no que tange à implementação de ações e serviços de saúde da esfera federal de governo para as esferas estaduais e municipais, de modo que coexistam responsabilidades comuns a todos os entes federados e deveres específicos a cada um deles. Em decorrência da descentralização, para que esses entes possam cumprir com suas funções, recursos federais são repassados aos Estados e aos Municípios devidamente habilitados por meio de transferências diretas.

Tal repartição encontra fundamento no artigo 25, II da nossa Lei Maior, o qual dispõe ser da *“competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência física”* .

Vê-se aqui concretamente um exemplo da implementação de federalismo cooperativo pela Constituição de 1988. A importância de se adotar um modelo federal baseado na cooperação reside na necessidade de alcançar resultados unitários sem que seja operacionalizado um sistema centralizador.

Segundo Gilberto Bercovici, o grande objetivo do federalismo cooperativo está em se equilibrar a descentralização federal com a integração econômica nacional, fundamentando-se na solidariedade e na diminuição das desigualdades regionais<sup>162</sup>.

Assim o é tendo em vista que as disparidades regionais implicam na necessidade de se imprimir uma igualdade financeira entre os entes daquela região.

Por conseqüência, comumente nos regimes federais de caráter cooperativo<sup>163</sup> compete à União a promoção da diminuição das desigualdades entre os entes por meio do desenvolvimento regional e, em seguida, nacional, fundando-se tal atuação no princípio da igualdade e da solidariedade, e não de caridade<sup>164</sup>.

Ademais, considerando que o SUS consubstancia-se num sistema cujas partes encontram-se imbricadas entre si, bem como que estas partes são os poderes executivos de cada ente federado, tem-se que a sua direção é exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde, II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes e III - no âmbito dos Municípios, pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes.

---

<sup>162</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 157.

<sup>163</sup> Em oposição ao federalismo cooperativo, em virtude do surgimento da ideologia neoliberal, vem criando forma um novo modelo federal, qual seja ele o federalismo “neodualista”. Por meio deste, ganha foco o princípio da subsidiariedade, de modo que os vários âmbitos de poder devem cumprir as tarefas que melhor se adequam a sua esfera de atuação. No tocante à idéia de um ente auxiliar outro, difunde-se o pensamento de que a União não pode mais ficar sustentando outros entes federados deficitários. Por esta ocasião, Estados e Municípios que se enquadrem neste perfil devem ser extintos. Neste sentido, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 136.

<sup>164</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, p. 158.

Em relação à hierarquização, o acoplamento de tal nuance ao SUS, significa que a partir de então, o acesso aos serviços de saúde deve ocorrer dos níveis mais simples aos mais complexos, a exceção dos casos de urgência.

No tocante à regionalização, a ligação de tal característica ao SUS, implica no fato de as ações e os serviços de saúde apresentarem a necessidade de serem feitos de acordo com as necessidades de cada Estado, as quais deveriam ser delimitadas pelas Secretarias de Saúde Estaduais, levando-se em consideração características demográficas, socioeconômicas, sanitárias, epidemiológicas existentes em cada região do respectivo Estado.

A Constituição Federal de 1988 ainda elencou de forma geral as competências inerentes do SUS, quais sejam elas:

*“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 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”.*

Em continuidade, com o intuito de regulamentar esse Sistema Único de Saúde, restou editada a Lei nº. 8080/90, sendo responsável por garantir o acesso pleno da população à saúde. Nesse sentido, o art. 2º da aludida lei dispõe que:

*“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 recuperação”.*

Seguindo esses princípios, os artigos 16 a 18 da Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90 enumeram as competências de cada ente federativo. Melhor especificação foi feita

na Norma Operacional Básica (NOB) – SUS 01/96, seguida da NOAS-SUS 01/01 e, atualmente, detalhada na NOAS-SUS 01/02, baixada pela Portaria MS/GM nº 373/02. As competências são para legislar e para atuar. Essa legislação específica, com minúcias, o que cabe a cada membro do sistema.

#### **4 O CASO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL**

Conforme explicitado no ponto 3.1, a saúde consiste no bem-estar físico, mental e social do cidadão. No tocante ao bem-estar físico, em não acontecendo esse, o corpo passa a necessitar de substâncias as quais o levem ao estado de bem-estar inicial.

Em sendo assim, se a saúde é um direito exigido em face do Estado, todos os meios que levem a existência desse estado de bem-estar físico, mental e social é dever do Estado, situação que engloba o fornecimento de medicamentos.

Como a Constituição Federal de 1988 determina que as ações e serviços públicos de saúde integrem uma rede regionalizada e hierarquizada, bem como que constituam um sistema único descentralizado, com direção única em cada esfera de governo, tal aplica-se também no caso do fornecimento de medicamentos.

Dessa maneira, a lei 8080/1990 determinou, por meio de seu art. 6º, VI, que estão incluídas no campo de atuação do SUS a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção.

Por sua vez, em 1998 foi editada a Portaria 3.916/GM, a qual regulamentava a Política Nacional de Medicamentos, enquanto parcela da Política Nacional de Saúde. Nessa restou garantida a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Ainda, ficou estabelecido que as ações incluídas nesse campo deveriam ser feitas nas três esferas do SUS, de maneira a descentralizar a atividade. Assim, o processo de descentralização abarcaria a padronização dos produtos, o planejamento adequado e oportuno

e a redefinição das atribuições das três instâncias de gestão. Tudo com o intuito de garantir à população o acesso aos medicamentos de que necessitem.

Para o Ministério da Saúde, a premissa básica seria a descentralização da aquisição e distribuição de medicamentos essenciais. O processo de descentralização, no entanto, não eximiria os gestores da responsabilidade relativa à aquisição e distribuição de medicamentos em situações especiais.

De acordo com o determinado no Capítulo 3, “Diretrizes”, tópico 3.3, do documento que materializa a política em análise, apenas os medicamentos que se inserissem nos grupos abaixo relacionados é que deveriam ser adquiridos e distribuídos de forma centralizada, senão vejamos:

a) medicamentos para doenças que configuram problemas de saúde pública, que atingem ou põem em risco as coletividades, e cuja estratégia de controle concentra-se no tratamento de seus portadores;

b) medicamentos para doenças consideradas de caráter individual que, a despeito de atingir número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados;

c) medicamentos para doenças cujo tratamento envolve o uso de medicamentos não disponíveis no mercado.

No entanto, mesmo a opção adotada sendo a descentralização ou a centralização, o certo é que a aquisição e distribuição de medicamentos deveria ser implementada com cooperação técnica e financeira entre as três esferas do SUS.

Diante desse quadro, em 2006 foi editada a Portaria 2.577GM, a qual tem por finalidade implementar a Política de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

#### 4.1 O PROGRAMA DE MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL

Nos termos da Política Nacional de Medicamentos, existe uma classificação dos medicamentos adotada pelo Governo Federal tendo como base a finalidade desses.

Em sendo assim, pode-se falar nos medicamentos estratégicos<sup>165</sup>, nos de atenção básica<sup>166</sup>, nos de dispensação excepcional, dentre outros.

No que tange aos Medicamentos de Dispensação Excepcional, esses são utilizados para o tratamento de doenças raras ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado ou, ainda, no caso de doenças prevalentes, que também necessitem de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado desde que, nesses dois últimos casos, haja tratamento previsto para o agravo no nível da atenção básica, ao qual o paciente apresentou necessariamente intolerância, refratariedade ou evolução para quadro clínico de maior gravidade, ou o diagnóstico ou estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada.

Tais definições foram trazidas pela Portaria 2.577/GM de 2006, em seu ponto 1 do Anexo I. Aqui se deve explicar que tal norma jurídica foi quem criou o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, em consonância com a Política Nacional de Medicamentos estabelecida pela Portaria 3.916/GM de 1998.

Além de definir o que vem a ser os medicamentos ditos de dispensação excepcional, a Portaria 2.577/GM de 2006 também regulamenta atualmente o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional da Assistência Farmacêutica – CMDE, definindo, a lista de medicamentos (102 fármacos em 208 apresentações farmacêuticas) considerados de

---

<sup>165</sup> Medicamentos utilizados para tratamento das doenças de perfil endêmico, cujo controle e tratamento tenha protocolo e normas estabelecidas e que tenham impacto sócio-econômico.

<sup>166</sup> Medicamentos utilizados para tratamentos de doenças que atingem comumente a população.



dispensação excepcional, os quais vão estar disponíveis para os cidadãos. Dentre estes, estão os utilizados no tratamento contra a doença de Parkinson, Alzheimer, Hepatite dos tipos B e C.

No que diz respeito à inclusão de determinado medicamento nesta lista, à ampliação de cobertura para aqueles já existentes ou à exclusão dos já ineficazes, tais situações apenas ocorrem com solicitação de gestores, órgãos/instituições da área de saúde e outros da sociedade organizada, e devem obedecer aos fluxos e critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em ato normativo específico.

Contudo, alguns critérios já vieram definidos nessa norma jurídica. O primeiro deles preceitua que a avaliação quanto à incorporação de novos medicamentos deverá ocorrer a partir dos preceitos da Medicina Baseada em Evidências e deverá demonstrar a eficácia e segurança do medicamento, além de vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada (maior eficácia ou segurança ou menor custo) e/ou oferecer concorrência dentro de um mesmo subgrupo, como estratégia reguladora de mercado.

Enfatizando a questão dos custos do medicamento a ser incluído, tal inclusão deve ser pactuada entre os gestores, na Comissão Intergestores Tripartite, e deverá considerar o impacto financeiro e a disponibilidade orçamentária dos entes envolvidos.

Passando à questão da origem/existência de verba para financiar tais medicamentos, a portaria ora em análise determinou ser da responsabilidade do Ministério da Saúde, juntamente com os Estados.

Quanto à aquisição dos medicamentos, apenas os constantes em lista existente no ponto 37 dessa Portaria é que são de responsabilidade da União, através do Ministério da Saúde; o restante fica a cargo dos Estados, em observância ao disposto na Política Nacional de Medicamentos, quando da exposição das competências de cada esfera do SUS. No entanto,

a dispensação de tais medicamentos é de responsabilidade dos Estados, sendo solicitada por esses de acordo com a média da suas necessidades nos últimos seis meses.

#### 4.2 A ATUAÇÃO ESTATAL ANTE O AVANÇO DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS NO QUE TANGE À CRIAÇÃO DE NOVOS MEDICAMENTOS PARA A CURA DE DOENÇAS

Um dos elementos essenciais, característicos da natureza humana é a vontade de conhecer, de desbravar o desconhecido, situação que se alia a inquietação que acomete o espírito do homem diante do obscuro.

Por sua vez, em diversas vezes, essa ânsia pelo conhecimento não tem um fim em si mesma, mas é alavancada pela necessidade de descobrir soluções para problemas que acometem a existência humana: ou encontra-se uma solução ou a vida do homem, com qualidade, corre sérios riscos.

E assim acontece quando uma doença nova surge e acomete o corpo humano: pesquisas e mais pesquisas são iniciadas com o intuito de encontrar a cura para esse novo mal que está acometendo o corpo humano.

Tomando como base duas doenças objeto do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, algumas considerações precisam ser feitas para que o núcleo do presente trabalho possa ser alcançado.

Em sendo assim, vamos começar pelo Mal de Alzheimer. Essa doença caracteriza-se por atacar as funções cognitivas do indivíduo, de modo que o mesmo termina tornando-se incapaz de desempenhar as atividades mais simples do dia-a-dia, bem como de cuidar de si mesmo.

A doença inicia com uma simples dificuldade de aprendizado, evoluindo até que o paciente não consiga aprender nenhum fato novo. Assim acontece, pois na fase inicial da doença, o indivíduo consegue preservar sua memória remota, mas com a evolução do mal, a perda de memória é total. Por tais motivos é que o doente passa a ser incapaz de exercer as tarefas mais simples da vida cotidiana<sup>167</sup>.

No tocante ao tratamento para esse mal, o mesmo é separado em quatro fases, quais sejam elas: a) tratamento específico, o qual intenta reverter os caminhos iniciais percorridos pela doença e evitar, assim, a incapacidade do indivíduo; b) abordagem profilática, a qual tem como objetivo evitar ou retardar o início da incapacidade do doente; c) tratamento sintomático, o qual almeja restaurar a capacidade cognitiva do paciente; e por fim, d) tratamento complementar, o qual tenta atacar os desdobramentos não cognitivos da doença, tais como a depressão, agressividade, dentre outros<sup>168</sup>.

Ademais, nessas quatro fases, o tratamento pode dar-se por meio de medicamentos ou intervenções psicossociais para o doente e os que convivem com ele.

---

<sup>167</sup> Para se ter uma maior noção do que seja o Mal de Alzheimer, trazem-se aqui algumas considerações médico-técnicas. Desta feita, tem-se que na doença em estudo, ao longo do seu curso evolutivo, “*diferentes mecanismos de neurodegeneração preponderam nas distintas regiões cerebrais acometidas, de acordo com a idade do paciente e dos fatores de risco presentes. As vias neurais pertencentes ao sistema colinérgico e suas conexões são preferencialmente atingidas na DA. As alterações cerebrais características da Doença de Alzheimer - DA são as placas senis (ou neuríticas) e os emaranhados neurofibrilares. As placas senis resultam do metabolismo anormal da proteína precursora do amilóide (APP), conduzindo à formação de agregados do peptídeo  $\beta$ -amilóide; os emaranhados neurofibrilares formam-se a partir do colapso do citoesqueleto neuronal, decorrente da hiperfosforilação da proteína tau. Estas alterações ocorrem, desde o início da doença, em estruturas do lobo temporal medial, incluindo o hipocampo e o giro para-hipocampal, consideradas estruturas essenciais para os processos de memória. Com a evolução da doença, o processo degenerativo se espalha para o neocórtex de associação, atingindo áreas cerebrais responsáveis por outros processos cognitivos. Admite-se que anos antes do início da demência já ocorra deposição de peptídeos  $\beta$ -amilóide e seu respectivo acúmulo nas porções mediais dos lobos temporais, comprometendo a neurotransmissão colinérgica. À medida que esse processo evolui, somam-se as reações gliais inflamatórias e oxidativas, além do comprometimento do citoesqueleto, levando à formação dos emaranhados neurofibrilares e à conversão das placas senis em neuríticas. Portanto, paralelamente à progressão do processo patogênico, ocorre conversão do comprometimento cognitivo leve para os estágios iniciais da demência. Na demência moderada e avançada, intensificam-se as perdas neuronais e surgem disfunções sinápticas e neuroquímicas, afetando, sobretudo, os sistemas colinérgico, serotoninérgico e glutamatérgico. Essa heterogeneidade biológica correlaciona-se com o tipo e a intensidade das manifestações psíquicas e cognitivas*”. FORLENZA, Orestes V. *Tratamento Farmacológico da Doença de Alzheimer*. Revista de Psiquiatria Clínica. São Paulo v. 32, n. 3, mai/jun 2005, p. 2.

<sup>168</sup> *Idem*. *Ibidem*, p. 3.

No que tange ao tratamento farmacológico, considerando que os sistemas cerebrais que utilizam acetilcolina encontram-se gravemente comprometidos nos pacientes com Mal de Alzheimer<sup>169</sup>, os inibidores da acetil-colinesterase, medicações que inibem a enzima responsável pela degradação da acetilcolina produzida e liberada por um núcleo na base do cérebro (núcleo basal de Meynert), são bastante utilizados.

A tacrina foi a primeira substância desse grupo a ser experimentada. No entanto, tendo seu efeito melhor alcançado com altas doses, foi rejeitada por diversos pacientes. Em sendo assim, outras substâncias passaram a ser utilizadas, tais como a galantamina, rivastigmina e o donepezil.

Ocorre que além da neurotransmissão colinérgica, a neurotransmissão glutamatérgica também se encontra alterada nessa doença. Assim o é, pois o glutamato é o principal neurotransmissor excitatório cerebral, particularmente em regiões associadas às funções cognitivas e à memória, tais como o córtex temporal e o hipocampo. O glutamato também age como uma excito toxina, causando a morte neuronal quando níveis elevados desse neurotransmissor são liberados por períodos prolongados. As regiões corticais e subcorticais que contêm neurônios e receptores glutamatérgico sofrem perdas estruturais e funcionais na evolução da Doença de Alzheimer<sup>170</sup>.

Diante disso, um grupo de medicações conhecido por inibidores dos receptores do tipo NMDA (N-Metil-D-Aspartato) do glutamato entrou no mercado brasileiro, já existindo no européu há mais de uma década. A memantina é tal droga, e sua ação dá-se pela inibição da ligação do glutamato, neurotransmissor excitatório do sistema nervoso central a seus receptores.

---

<sup>169</sup> ALMEIDA, Oswaldo P. *Tratamento da Doença de Alzheimer: Avaliação Crítica sobre o Uso de Anticolinesterásicos*. Arquivos de Neuro-Psiquiatria. São Paulo, v. 56, n. 3B, set/1998, p. 1.

<sup>170</sup> FORLENZA, Orestes V. *Op. Cit.*, p. 4.

De forma prática, em pacientes com Doença de Alzheimer moderada a grave recebendo doses estáveis dos inibidores da acetil-colinesterase, o tratamento combinado com memantina, além de seguro e bem tolerado, pode favorecer desfechos mais favoráveis em parâmetros cognitivos, funcionais e comportamentais, sustentando a indicação do tratamento combinado<sup>171</sup>.

Feita toda esta explanação acerca da Doença de Parkinson, passaremos a discorrer sobre a Hepatite em seu tipo C.

De uma forma geral a Hepatite é uma doença inflamatória do fígado, causada por um vírus.

Atualmente existem sete tipos de vírus conhecidos, os quais provocam Hepatite dos tipos A, B, C, D, E, F e G.

O vírus causador da Hepatite do tipo A produz uma inflamação aguda do fígado, nunca crônica, de modo que o paciente pode ficar doente apenas por alguns dias ou semanas, mas uma vez que melhora, a infecção acaba e não há destruição progressiva do fígado. É raro acontecer uma infecção grave por Hepatite do tipo A que possa acarretar a morte ou necessitar de um transplante de emergência.

Na Hepatite do tipo B, a infecção progride para a forma crônica em um número limitado de infectados.

Já o vírus provocador da Hepatite do tipo D tem um comportamento atípico, ocorrendo somente em conjunto com a do tipo B e trabalha como um parasita. Pode transformar uma infecção de evolução atenuada pelo vírus B em uma doença de características agressivas e destrutivas sobre o fígado.

Os vírus causadores da Hepatite dos tipos E, F e G são mais raros.

---

<sup>171</sup> *Idem. Ibidem*, p. 5.

No que tange a Hepatite do tipo C, ela é causada pelo vírus VHC, o qual foi isolado pela primeira vez apenas no ano de 1989. Até então, qualquer Hepatite viral não identificada como causada por vírus do tipo A e B era denominada "Hepatite Não-A, Não-B".

Diferentemente da Hepatite do tipo B, a infecção consegue burlar o sistema imunológico do indivíduo, sobrevivendo e levando o processo a uma doença crônica.

A infecção pela Hepatite do tipo C progride lentamente e os sintomas freqüentemente não são reconhecidos. Pode começar semelhante a um quadro gripal leve e raramente causa icterícia.

É mínima a tendência para a cura espontânea da Hepatite do tipo C e, em consequência de a maioria dos pacientes apresentar sintomas difíceis de reconhecer por vários anos, o risco de desenvolver cirrose e câncer hepático é significativo.

Na maioria das vezes, evolui para Hepatite crônica ativa e pode estar associada a sintomas como fadiga, náuseas, dores articulares e musculares, pernas pesadas e cansadas e desconforto abdominal<sup>172</sup>.

O tratamento para a Hepatite do tipo C é longo e, dependendo da situação, pode levar à cura.

Atualmente é utilizada a combinação de dois medicamentos, o interferon convencional ou interferon peguilado mais a ribavirina.

O interferon é uma proteína produzida pelo nosso organismo em resposta a um agente infeccioso. Ele inibe ou interfere na replicação dos vírus que nos atingem e ainda protege as células sadias.

Já o interferon do tipo peguilado (ou peginterferon) é uma forma de interferon mais prolongada, conseguida através da peguilação do interferon convencional. O processo de

---

<sup>172</sup> Informações disponíveis em: <http://www.gastronet.com.br/hepatite.htm>.

peguilação consiste em juntar uma molécula de interferon a uma molécula de substância sintética inerte chamada polietilenoglicol, cuja sigla é PEG.

O PEG envolve a molécula de interferon, fazendo com que o organismo não reconheça esses interferons como agentes estranhos. Graças a essa barreira, todo o processo que ocorre dentro do organismo (desde o momento em que o medicamento é aplicado até sua eliminação) fica mais lento. Isto faz com que o interferon permaneça por mais tempo agindo antes de ser eliminado. Desta maneira, há maior contato entre o interferon peguilado e o vírus. Por isso o peginterferon pode ser administrado apenas uma única vez por semana.

No entanto, considerando que o vírus causador da Hepatite do tipo C pode apresentar diferentes tipos de genótipos, o interferon original apresenta um resultado pobre na resposta terapêutica, de modo que não é mais recomendado para o tratamento nos casos em que o genótipo presente é o 1 ou em pacientes com elevado dano hepático infectados com qualquer genótipo<sup>173</sup>.

Mas afinal, qual a finalidade de toda esta explanação acerca dessas duas doenças? A resposta é bastante simples. Intenta-se com ela demonstrar a inércia do Estado ante o avanço científico no tratamento de doenças e a conseqüente ineficiência das políticas adotadas pela Administração Pública para o fornecimento de medicamentos, o que implica na não salvaguarda do direito fundamental à saúde inerente a todo cidadão.

Sendo mais específica, no que tange ao Mal de Alzheimer, o tratamento da doença evoluiu, e além dos inibidores da acetil-colinesterase, o tratamento combinado com memantina é o mais indicado.

Ocorre que hoje, no Brasil, o paciente pode valer-se apenas dos inibidores da acetil-colinesterase, tais como a rivastigmina e o donepezil. A memantina não está inclusa na lista

---

<sup>173</sup> Informações disponíveis em: [www.hepato.com/p\\_tratamentos\\_medicos/trat\\_conceitos.htm](http://www.hepato.com/p_tratamentos_medicos/trat_conceitos.htm).

que integra o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional e, conseqüentemente, não é fornecida pelo Sistema Único de Saúde para os portadores do Mal do Alzheimer.

Em se tratando da Hepatite, mais especificamente a do tipo C, a ciência já constatou que essa doença pode apresentar genótipos diferentes. Por sua vez, no que toca à Hepatite C de genótipo 1, está é apenas tratada com o interferon peguilado, além do que o vírus com os outros genótipos também são melhor atacados com esse medicamento.

Aqui, mais uma vez, tem-se que o medicamento comprovadamente mais eficaz no tratamento da Hepatite do tipo C não está incluso na famigerada lista conformadora do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, constando apenas o fármaco mais ultrapassado.

Uma vez que tais remédios não estão nessa lista, não são fornecidos gratuitamente pelo Poder Público, de modo que ou o cidadão adquire-os com meios próprios ou está fadado ao perecimento de seu corpo, de sua vida.

Observando os contornos da situação apresentada, surgem os seguintes questionamentos: pode o Poder Público especificar taxativamente os medicamentos a serem utilizados nos tratamentos contra doenças graves? Não podem os médicos receitar as substâncias mais recentemente descobertas e mais eficazes na cura da doença, as quais, porventura, podem encontrar-se fora da lista criada pelo Executivo, cabendo a esse fornecer qualquer medicamento sempre que requerido? Como o Poder Judiciário deve agir em face dessa situação?



## 5. ASPECTOS JURÍDICOS DA ATUAÇÃO ESTATAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL À SOCIEDADE

### 5.1 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Em capítulo anterior foi demonstrado que as normas definidoras de direitos sociais prestacionais são dotadas de força normativa, apresentando, ainda, eficácia plena e aplicabilidade imediata. Nesse sentido, o Estado não pode furtar-se de atuar positivamente, de modo a dar vida aos direitos sociais.

Por sua vez, em relação ao direito à saúde, como um dos meios de concretização do mesmo, o Poder Executivo criou o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, através do qual fornece gratuitamente à população medicamentos constantes em uma lista criada pelo próprio Executivo com o intuito de tratar doenças graves.

Tal programa constitui-se numa política pública adotada pela Administração pública. Mas afinal, o que é uma política pública?

Num primeiro momento, é preciso dizer-se que o estudo da política pública constituía-se em objeto de estudo da Ciência Política. Contudo, com o nascimento do Estado Social e, conseqüentemente, com os deveres de atuação de forma positiva em determinados campos pelo próprio Estado, com o fito de assegurar a igualdade material entre os homens, foi que o estudo das políticas públicas passou a interessar ao Direito<sup>174</sup>.

Ronald Dworkin foi um dos primeiros autores contemporâneos<sup>175</sup> a tentar definir política dentro desse novo viés jurídico, de modo a aduzir que:

---

<sup>174</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. *Políticas Públicas (econômicas) e controle*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 40, n. 158, abr/jun, 2003, p. 267.

<sup>175</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas*. Revista dos Tribunais. São Paulo, a. 86, v. 737, mar/1997, p. 44.

*“a política, contraposta à noção de princípio, designa aquela espécie de padrão de conduta que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política, ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil. Daí por que as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam a estabelecer uma meta ou finalidade coletiva<sup>176</sup>”.*

Do exposto, infere-se que a política não se constitui exclusivamente nem em uma norma, nem em um ato, mas sim em algo que os engloba, que os abraça como sendo seus elementos constitutivos. Constitui-se, na verdade, em uma atividade tendente à realização de um objetivo específico<sup>177</sup>.

Aqui se fortalece a idéia de que o modelo de Estado Liberal baseado num sistema econômico também liberal cedeu lugar para um Estado com nuances diversas, cujos fundamentos também são os princípios e os objetivos<sup>178</sup>.

Em sendo assim, considerando a nova postura adotada pelo Estado, no sentido de passar a ter metas a atingir, Fabio Konder Comparato entende as políticas públicas como sendo o conjunto de normas e atos os quais têm como dever atingir uma finalidade proposta no texto constitucional, ou ainda disposta em legislação ordinária com fundamento em uma norma da Carta Magna<sup>179</sup>.

Maria Paula Dallari Bucci define as políticas públicas como sendo *“a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados<sup>180</sup>”*.

Pode-se dizer, portanto, que o principal fundamento das políticas públicas seria os direitos prestacionais<sup>181</sup>, os quais, consoante se depreende de sua própria nomenclatura, apenas se concretizam por meio de ações positivas por parte do Estado<sup>182</sup>.

<sup>176</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22.

<sup>177</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas*, p. 45.

<sup>178</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 253.

<sup>179</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas*, p. 18.

<sup>180</sup> *Políticas Públicas e Direito Administrativo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 133, jan/jun, 1997, p. 91.

<sup>181</sup> Cumpre salientar que também existem políticas públicas implementadas com vistas a assegurar um direito individual como também situações contrárias aos próprios direitos sociais, tais quais as que privilegiam apenas

Assim, é necessária a promulgação e a publicação de lei criando o programa, além de essencial previsão no Plano Plurianual e demais leis orçamentárias, na qual deverá estabelecer-se: os objetivos e a finalidade a serem alcançados com a política pública, os critérios objetivos para seleção dos beneficiários - a fim de se respeitar o princípio isonômico - e a fonte de custeio das despesas.

Somente diante de um instrumento legal fixando, minimamente, os parâmetros acima mencionados é que será possível exercer a atividade de controle externo sobre os gastos públicos para que se avaliem, inclusive, a efetividade e a racionalidade da ação governamental, deflagrada, no programa ou política pública.

O Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, então, constitui-se numa política pública, a qual engloba a norma jurídica que o criou, ou seja, a Portaria 2.577GM, bem como um conjunto de atos administrativos.

Noutro giro, voltando ao conceito de política pública como sendo “*um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado*”<sup>183</sup>, é preciso dizer-se que o juízo de constitucionalidade/validade de uma política pública é distinto do juízo de constitucionalidade/validade de uma norma jurídica.

De tal sorte, a norma jurídica que compõe a política pública pode constituir-se inconstitucional, mas de maneira tal que essa inconstitucionalidade não alcança a política pública em si.

Por sua vez, a política pública, confrontada com os objetivos conformadores de determinado Estado, os quais estão presentes em normas jurídicas constitucionais, sejam elas explícitas ou implícitas, pode apresentar-se contrária a eles, de modo que a política pública vai ser considerada inconstitucional, mas a norma que a cria ou os atos administrativos que a

---

determinados grupos sociais. Neste sentido é que se faz jus ao controle jurisdicional das políticas públicas de forma a observar se a Administração Pública está atendendo ao princípio da eficiência, bem como as determinações constitucionais.

<sup>182</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, p. 90.

<sup>183</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas*, p. 18.

constituem, não.

Se não há esta confusão, em sendo aceito o controle jurisdicional de políticas públicas, pode haver a análise do juízo de constitucionalidade dessas, sem que as normas ou atos que as contenham sejam inconstitucionais<sup>184</sup>.

Há que se falar, por fim, em outro aspecto inerente à idéia de política pública: a necessidade de conformação das políticas públicas com as finalidades, com os objetivos constitucionais, tendo como substrato as necessidades do povo em prol de quem a Constituição foi elaborada.

Se determinada Constituição adota o modelo de Estado Social, o qual tem como características o planejamento, o empreendedorismo e a prestação de serviços, natural que as políticas públicas estejam no centro de atuação desse Estado<sup>185</sup>. Contudo, as mesmas não são desprovidas de parâmetros, os quais devem ser seguidos, conforme se verá no próximo ponto. A bem da verdade é que as mesmas devem ter como elementos balizadores as finalidades; objetivos abraçados pela Constituição.

A razão para tanto, repousa no surgimento das Constituições Dirigentes, conformadoras de Estados que adotam o modelo Social, as quais oferecem fundamento constitucional para as políticas públicas a serem implementadas<sup>186</sup>. Desse modo, caberá ao governo “*selecionar e especificar a sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios e instrumentos adequados para a sua realização*”<sup>187</sup>.

Ocorre que tais fins conformadores de determinado Estado são considerados princípios de conteúdos polissêmicos e, portanto, não possuem definições precisas acerca de

---

<sup>184</sup> *Idem. Ibidem*, p. 18.

<sup>185</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In: TIMM, Luciano Benetti, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 61.

<sup>186</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: TIMM, Luciano Benetti, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 327.

<sup>187</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e Desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*, p. 58.

sua real significação.

Em sendo assim, devem ser analisados em conjunto com os demais princípios constitucionais, para que assim se possa conhecer os verdadeiros fins inerentes a determinado Estado. Em outras palavras, os princípios conformadores dos fins constitucionais brasileiros possuem como meio de concretização a observância dos demais princípios e regras existentes na nossa Constituição atual.

Luís Roberto Barroso fala na existência de princípios constitucionais fundamentais, princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais setoriais. Os primeiros correspondem aos que cuidam da organização do Estado<sup>188</sup>. Aqueles detêm grau de abstração menor e irradiam a sua força normativa por toda a Constituição<sup>189</sup>. Por fim, esses servem de substrato para normas que regulam apenas parte da Constituição, sendo absolutos nesse campo mais restrito<sup>190</sup>.

Tomando como exemplo o caso brasileiro, os fins gerais vêm elencados no art. 3º da Constituição Federal de 1988, constituindo-se tais normas em princípios constitucionais gerais, sendo considerados como tais a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; b) a garantia do desenvolvimento nacional; c) a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais; e, por fim, d) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tal qual acontece com os princípios, também existem fins estatais específicos, os quais se encontram diluídos no corpo da nossa Carta Magna.

No tocante ao direito à saúde, o mesmo está incluído no capítulo destinado à Seguridade Social, a qual engloba, além da saúde, a previdência privada e a assistência social.

---

<sup>188</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Princípios constitucionais brasileiros*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 1, 1993, p. 173.

<sup>189</sup> *Idem. Ibidem*, p. 174.

<sup>190</sup> *Idem. Ibidem*, p. 174.

Por sua vez, a Seguridade Social está incluída nos assuntos referentes à Ordem Social.

Desta feita, as políticas públicas devem atender aos fins constitucionais gerais, como também os da Seguridade Social (art. 194 da Constituição Federal) e da Ordem Social (art. 193 da Constituição Federal), sendo esses a) a consecução do bem-estar e b) realização da justiça social e aqueles: a) a universalidade de cobertura e atendimento; b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; d) irredutibilidade do valor dos benefícios; e) equidade na forma de participação no custeio; f) diversidade da base de financiamento e, por fim, g) caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Adotando-se essa linha de pensamento, portanto, as políticas públicas referentes à área de Saúde e, conseqüentemente, o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, exteriorizadas por meio de normas e atos, independentemente da constitucionalidade/validade específica das normas e dos atos administrativos que as compõem, devem atender, em seu conjunto, para serem consideradas constitucionais/válidas, aos objetivos acima enumerados, os quais foram adotados pelo Constituinte em atenção aos novos papéis a serem desempenhados pelo Estado, como também aos demais princípios abraçados pela nossa Constituição e que conferem significação aos objetivos enumerados.

Noutro giro, deve-se mencionar que as políticas públicas podem abranger os mais diversos gêneros: podem ser entendidas como ‘políticas sociais’, de prestação de serviços essenciais e públicos; como ‘políticas sociais compensatórias’, aí enquadradas as de previdência e assistência social e seguro desemprego; como ‘políticas de fomento’; reformas de base, as quais incluem a reforma urbana e agrária; como ‘políticas de estabilização

monetária'<sup>191</sup> e em tantos mais quantos forem os âmbitos das necessidades sociais.

Contudo, em sendo políticas públicas, falar nas mesmas implica necessariamente falar nos custos que as envolvem.

A bem da verdade, todos os direitos, inclusive os direitos de primeira dimensão implicam em gasto de dinheiro. Todavia, nesses casos, os custos não são variáveis de acordo com as necessidades dos seus destinatários<sup>192</sup>.

Já no caso do direito fundamental social à saúde, por exemplo, a prestação positiva será diferente conforme seja a condição, a necessidade de cada indivíduo<sup>193</sup>. E assim viu-se que deve ser. As políticas públicas, direito dos cidadãos, devem ser criadas e concretizadas de acordo com as necessidades do determinado povo, almejando atingir as finalidades e objetivos elencados na Constituição que os rege.

Uma vez estando as políticas públicas imbricadas com as questões políticas e econômicas, razoável se faz tocar nesse ponto no presente trabalho, sendo as questões políticas tratadas no próximo ponto e as econômicas no próximo capítulo.

## 5.2 DISCRICIONARIEDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A atuação da Administração Pública pode ser de caráter vinculado ou discricionário a um ponto maior que a legítima. A noção de vinculação e discricionariedade remonta à origem do Estado Liberal, momento em que o poder deveria ser controlado pelo próprio poder e o dever de obediência à estrita legalidade foi um dos meios utilizados para tanto.

Em sendo assim, os atos administrativos vinculados seriam em aqueles que

---

<sup>191</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FÁRIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 133 e ss.

<sup>192</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da Reserva do Possível*. In: TIMM, Luciano Benetti, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 176.

<sup>193</sup> *Idem*. *Ibidem*, p. 177.

*“por existir prévia tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com subjetividade alguma<sup>194</sup>”.*

Por outro lado, um ato administrativo caracterizava-se como discricionário caso não fosse passível de controle judicial.

Tratava-se de uma definição formal de discricionariedade administrativa, pela qual essa se configura como a margem de livre decisão não regulada pela norma jurídica e, conseqüentemente, se constituía em área imune ao poder jurisdicional<sup>195</sup>. Ademais, também compunha a definição legal da expressão a qualificação de que a mesma era o poder de que dispunha o administrador para fazer escolhas livres, levando em conta o seu juízo subjetivo<sup>196</sup>.

Adotando-se a definição formal de vinculação e discricionariedade, portanto, o controle judicial dos atos administrativos cingia-se à verificação da legalidade atinente ao mesmo.

Em oposição, atos administrativos de conteúdo político não estavam inseridos no âmbito de controle jurisdicional.

Intentando diferenciar o ato administrativo do ato político, Seabra Fagundes aduziu que o primeiro era o gênero do qual o segundo era espécie. Ainda, como subespécie do ato político, haveria o ato exclusivamente político<sup>197</sup>. Esse último, por sua vez, consistiria em ato com fins estritamente políticos, não devendo alcançar direitos individuais devidamente reconhecidos<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 394.

<sup>195</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 37.

<sup>196</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 16.

<sup>197</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p. 159.

<sup>198</sup> *Idem. Ibidem*, p. 161.



Nesse caso, não haveria que se falar na imersão do Judiciário ao campo de discricção política do Executivo. A única exceção diria respeito às medidas oriundas de ato exclusivamente político, mas que afetassem direitos individuais<sup>199</sup>.

Momentos depois, Celso Antônio Bandeira de Mello aduziu que a discricionariedade não se configurava em um poder atribuído ao administrador, mas sim em um dever de alcançar a finalidade legal<sup>200</sup>. Assim deve ser entendida, pois o Ordenamento Jurídico impõe ao administrador inúmeras finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam como obrigatórias ao mesmo.

Aqui a finalidade deve entendida como algo decorrente do dever de exercer uma boa administração ao qual o administrador está adstrito. Em não havendo essa, não há observância da finalidade legal e, por conseqüência, não havendo a satisfação dessa, não há também “*satisfação da regra real de Direito, mas violação dela, pois uma regra de Direito depende inteiramente da finalidade, por ser ela que lhe ilumina a compreensão*”<sup>201</sup>.

Em face disso, a discricionariedade poderia decorrer da hipótese da norma, do comando da norma, bem como da finalidade da norma. No primeiro caso, a discricionariedade decorreria do modo impreciso como a lei havia descrito a situação de fato. Na segunda situação, a discricionariedade decorreria do comando aberto da norma, estruturado de modo a fornecer ao agente público alternativas de conduta. Por fim, quanto à finalidade da norma, daí decorreria a discricionariedade, pois finalidade remeteria a valores e esses são plurissignificativos<sup>202</sup>.

Contudo, tais fatores de discricionariedade são causas determinantes da mesma, mas não o substrato por meio da qual ela se expressa. Nesse condão, Celso Antônio explicita que a

---

<sup>199</sup> *Idem. Ibidem*, p. 163.

<sup>200</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 15.

<sup>201</sup> *Idem. Ibidem*, p. 45.

<sup>202</sup> *Idem. Ibidem*, p. 19.

discricionarieidade expressa-se através do conteúdo do ato administrativo, ou seja, do objeto do mencionado ato.

Nesses termos, para Celso Antônio, portanto, a discricionarieidade administrativa configurava-se na

*“margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”<sup>203</sup>.*

Todavia, aqui é preciso dizer-se que um novo elemento deve ser incluído na definição acima proposta: os princípios. O Direito evoluiu e passou adotar uma concepção principiológica: não mais apenas as regras apresentam força normativa, mas os princípios jurídicos também<sup>204</sup>.

O estudo dos princípios quanto à sua normatividade passa por três fases distintas, quais sejam elas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista<sup>205</sup>.

A primeira delas apresentou a normatividade dos princípios como sendo nula ou duvidosa, estando esses ligados à idéia de valores éticos conformadores da justiça<sup>206</sup>.

Em seguida, os princípios passaram a integrar os Códigos, servindo de ‘válvula de segurança’, com força normativa subsidiária, derivando das próprias leis com o intuito de lhes servir de fundamento<sup>207</sup>.

A diferença primeira entre essas duas correntes repousa no fato de que o jusnaturalismo entendia que os princípios extraídos do próprio Ordenamento não são suficientes para solucionar as questões jurídicas, havendo, portanto, necessidade de se recorrer ao Direito Natural.

---

<sup>203</sup> *Idem. Ibidem*, p. 48.

<sup>204</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, P. 258.

<sup>205</sup> *Idem. Ibidem*, p. 259.

<sup>206</sup> *Idem. Ibidem*, p. 259.

<sup>207</sup> *Idem. Ibidem*, p. 262 – 263.

Em contrário, para os positivistas os princípios gerais de direito existentes no Ordenamento são suficientes para tanto.

Vêm-se nesse momento os princípios apresentando um caráter normativo, sem se sobrepor às leis.

Norberto Bobbio, por sua vez, e sua obra ‘Teoria do Ordenamento Jurídico’ foi enfático ao afirmar a normatividade dos princípios. O raciocínio desenvolvido aduzia que se o produto dos princípios são normas, esses também o são e se a função do seu produto é regular comportamentos, a dos princípios também o é<sup>208</sup>.

Desta feita, os princípios seriam normas mais gerais, indefinidas, indiretas, diretivas e fundamentais do sistema.

Por sua vez, o pós-positivismo nasceu com a constitucionalização dos princípios, elevando-os a grau maior. Aqui surge a positividade dos princípios em âmbito constitucional, deixando o campo meramente civilista<sup>209</sup>.

Quem contribuiu para a teoria mais recente dos princípios foi o americano Ronald Dworkin. A idéia defendida pelo mesmo era a de que tanto uma regra positivada quanto um princípio podiam impor uma obrigação legal, sendo a diferença entre eles de caráter lógico: “*distinguem-se apenas quanto à natureza da orientação que oferecem*”<sup>210</sup>.

Ao lado dessa, uma outra diferença entre princípios e regras repousa no fato de os princípios possuírem uma dimensão a qual não estaria presente nas regras: a da importância<sup>211</sup>. Nesse sentido, se duas regras pertencentes a um mesmo sistema entram em conflito, uma delas deve ser considerada inválida.

Malgrado, para que se pudesse difundir esse pensamento, segundo ele, seria necessário derrubar a idéia de que Direito e demais padrões sociais são distintos; a idéia de

---

<sup>208</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 181 e ss.

<sup>209</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 264.

<sup>210</sup> DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>211</sup> *Idem. Ibidem*, p. 42.

discrição judicial; bem como a de que na resolução de um caso concreto complicado, em não existindo regra para ele, inexistiria também obrigação até que o juiz formulasse uma regra para o futuro<sup>212</sup>.

Em seguida, difundindo a mesma idéia, tem-se Robert Alexy acompanhado de outros juristas espanhóis e italianos, de modo a estabelecer as raízes da Nova Hermenêutica<sup>213</sup>.

Segundo o professor alemão, tanto os princípios como as regras são espécies de normas, uma vez que ambos são expressos sob a forma dos modais proibitivos, obrigatórios e permissivos<sup>214</sup>.

Para chegar a essa afirmação podem-se utilizar vários critérios, no entanto, segundo ele, o mais utilizado é o da generalidade, pelo qual os princípios seriam mais gerais que as normas<sup>215</sup>.

A partir desse critério, Alexy formulou três teorias sobre a distinção entre princípios e regras. A primeira aduzia não ser possível, com base no critério acima, fazer a distinção que se intenta<sup>216</sup>. A segunda determinava que a distinção se faz de forma gradual<sup>217</sup>. Por fim, a terceira, dispunha que a distinção se faz de forma gradual e qualitativa, sendo essa a tese adotada por Alexy<sup>218</sup>.

Outro ponto a ser abordado, segundo Alexy, é que as regras entram em conflito, ao passo que os princípios entram em colisão<sup>219</sup>.

Se uma norma determina algo e outra determina outro algo em contrário, em uma dessas regras deve ser inserida uma cláusula de exceção ou uma delas deve ser declarada inválida. Não podem duas normas contrárias coexistirem no Ordenamento.

---

<sup>212</sup> *Idem. Ibidem*, p. 70-71.

<sup>213</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 266.

<sup>214</sup> ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 83.

<sup>215</sup> *Idem. Ibidem*, p. 83.

<sup>216</sup> *Idem. Ibidem*, p. 85.

<sup>217</sup> *Idem. Ibidem*, p. 85.

<sup>218</sup> *Idem. Ibidem*, p. 86.

<sup>219</sup> *Idem. Ibidem*, p. 87-90.

De modo diverso, se um princípio determina algo e outro determina algo oposto, um deles deve recuar para que o outro seja aplicado. Por sua vez, esse recuo deve acontecer com referência ao peso que cada um exerce diante da situação colidente. Aqui não se fala em inserção de cláusula de exceção ou de declaração de invalidade de determinado princípio; esses podem coexistir dentro do Ordenamento Jurídico.

Por tal motivo é que se diz que o conflito de normas resolve-se no plano da validade e a colisão de princípios no plano dos valores.

Com essas nuances foi que nasceu o pós-positivismo, com uma concepção “principal” do Direito, acompanhado do surgimento de novas doutrinas. No geral, os princípios passaram a ser fonte material básica do direito, tendo força para gerar leis, bem como para invalidá-las. Tornaram-se o coração das constituições, imprimindo-lhes unidade e possibilitando a valoração de sua ordem normativa.

A nova doutrina acerca dos princípios tem início com a idéia de que esses, assim como as regras, são espécies de normas e que, portanto, possuem normatividade.

A evolução dessa teoria tem lugar com a idéia de supremacia material e formal dos princípios em face das regras, uma vez estarem positivados em uma Constituição, sendo o fundamento dessa e da Ordem Jurídica, de forma distinta, pois, do que acontecia na época dos Códigos, em que possuíam apenas uma função subsidiária de integração<sup>220</sup>.

Em sendo assim, com a principialização do Direito, o campo da vinculação do ato administrativo restou aumentado, uma vez que a Administração Pública não se encontra mais vinculada apenas à lei, mas agora aos princípios também<sup>221</sup>.

Esse também é o pensamento de Juarez Freitas, para quem o ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, apenas se legitima por meio da observância dos princípios constitucionais<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 294.

<sup>221</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 41.

Nesse sentido, a professora Germana de Oliveira Moraes propõe que os atos administrativos agora sejam classificados em atos vinculados propriamente e atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios<sup>223</sup>.

No que tange aos atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios, a idéia que se tem agora de discricionariedade passa a apresentar um cunho material, apresentando três elementos caracterizadores, quais sejam eles: o complemento da norma, e não da regra aberta; a margem de livre decisão, agora delineada pelos princípios e a ponderação entre interesses concorrentes.

Em verdade, não há ato que possa ser considerado essencialmente discricionário, uma vez que a Administração Pública está sempre vinculada ao interesse público<sup>224</sup>. No entanto, diz-se que há discricionariedade referente a ato administrativo quando há a possibilidade de realização de escolhas, dentro do Direito, por parte da Administração Pública, sempre ponderando os interesses que serão alcançados com a adoção de determinada medida e os que serão descartados.

Em resumo, observando essa nova idéia principiológica, deve-se entender a discricionariedade administrativa como sendo

*“a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito<sup>225</sup>”.*

---

<sup>222</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 24.

<sup>223</sup> De toda sorte, a discricionariedade administrativa é favorecida pela incontável quantidade de conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, conceitos cujo conteúdo e extensão são largamente incertos, a exemplo da própria expressão ‘interesse público’ utilizada acima.

<sup>224</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 41.

<sup>225</sup> *Idem. Ibidem*, p. 48.

Desta feita, ficam elucidadas as quatro facetas em que a discricionariedade pode manifestar-se, quais sejam: discricionariedade quanto aos pressupostos; discricionariedade de decisão; discricionariedade de escolha optativa e discricionariedade de escolha criativa, sempre tendo como parâmetros os princípios constitucionais e os princípios gerais de direito. Dessa forma, tem-se criada uma idéia de discricionariedade fundada também em princípios e não só na lei maior a qual o ato administrativo refere-se.

Por sua vez, a discricionariedade quanto aos pressupostos tem lugar quando a Administração possui “*a faculdade de acrescentar aos pressupostos fixados na norma outros que se afigurem indispensáveis para ditar racionalmente o conteúdo da decisão*”<sup>226</sup>.

Já a discricionariedade de decisão tem lugar quando a norma deixa a cargo da Administração o poder de decisão sobre a produção ou não de determinados efeitos jurídicos não impostos pela norma jurídica<sup>227</sup>.

No tocante à discricionariedade de escolha optativa, essa tem lugar quando a Administração possui a faculdade de optar por uma conduta entre várias prescritas na norma jurídica<sup>228</sup>.

Por fim, a discricionariedade de escolha criativa consiste na faculdade de “*colmatar os efeitos jurídicos descritos de forma lacunosa na norma, quando ela estabelece apenas um núcleo mínimo identificador do gênero da medida*”<sup>229</sup>, mas desde que o estabelecido para concretizar a norma seja aceito pelo Direito, ou seja, esteja de acordo com os princípios e regras existentes no Ordenamento Jurídico vigente.

Além de tratar a discricionariedade atrelada aos princípios, Juarez Freitas também menciona que a discricionariedade deve ser legítima, perspectiva essa que concretiza o direito fundamental à boa administração pública, o qual nada mais é do que

---

<sup>226</sup> *Idem. Ibidem*, p. 47.

<sup>227</sup> *Idem. Ibidem*, p. 47.

<sup>228</sup> *Idem. Ibidem*, p. 47.

<sup>229</sup> *Idem. Ibidem*, p. 47.

“o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres<sup>230</sup>, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas<sup>231</sup>”.

Nessa linha, com a principalização do Direito e a adoção de uma definição material acerca do que é a discricionariedade, todos os elementos que compõem o ato administrativo passaram a apresentar certo grau de vinculação, agora em relação tanto à lei quanto aos princípios abraçados pelo Ordenamento Jurídico vigente, consoante se viu acima. E mais, passaram também a ser requisitos de legitimidade do ato administrativo, sob pena de ultraje a tais princípios<sup>232</sup>.

O objetivo maior de fazer com que a Administração Pública deva observar também os princípios<sup>233</sup> é possibilitar o controle dos atos administrativos na esfera que outrora era considerada dotada de plena discricionariedade e, conseqüentemente, primar pela consecução dos fins estatais<sup>234</sup>, e não só pela finalidade da norma substrato originário do ato administrativo.

Em relação às hipóteses de discricionariedade de escolha optativa e de escolha criativa, o mérito das mesmas não é exatamente o que vai ser controlado judicialmente, mas, em razão da sua vinculação aos princípios, o demérito sim é diretamente controlável.

---

<sup>230</sup> Aqui se vê que também que Juarez Freitas, assim como Celso Antônio, também enxerga a discricionariedade como um dever, uma competência a ser cumprida pelo administrador quando da escolha no plano concreto da melhor opção válida para a situação.

<sup>231</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito à boa administração pública*, p. 20.

<sup>232</sup> *Idem. Ibidem*, p. 26.

<sup>233</sup> Ao falar dos princípios como parâmetros para o controle jurisdicional de atos discricionários, García de Enterría menciona os princípios gerais de direito (reconhecidos na constituição espanhola), em especial, o princípio de interdição da arbitrariedade dos poderes públicos. Segundo o autor, quando o juiz utiliza esse princípio para exarar as suas decisões, assim o faz com fulcro na própria constituição e não com base em critérios subjetivos próprios. Dando continuidade ao seu pensamento, explica que essa possibilidade de controle deve existir, pois apenas a legitimidade originária dos integrantes da Administração não basta para conferir legitimidade de exercício aos mesmos. Uma vez que os seus atos não se conformam com a Constituição, é dada a possibilidade de controle em face dos poderes políticos. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 155-168.

<sup>234</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporânea*. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261.



Assim o é, pois tais escolhas almejam alcançar determinada finalidade e esse é um elemento há muito de caráter predominantemente vinculado e agora mais do que nunca, pois vincula-se também aos princípios e aos fins do Estado estabelecidos constitucionalmente<sup>235</sup>.

Em conexão, agora a liberdade do administrador na seara política também tem que ter respaldo constitucional. Não há que se falar mais em atos exclusivamente políticos, uma vez que o administrador está adstrito aos motivos ensejadores do ato, bem como às finalidades constitucionais.

No que tange ao tema do presente trabalho, trazendo-se a idéia de discricionariedade dos atos administrativos para algo maior, que os englobe, ou seja, para a idéia de política pública, tem-se que essas, por envolverem um processo de escolhas, consubstanciam-se em atividade discricionária de escolha criativa da Administração Pública nos termos mencionados acima.

Vê-se que as escolhas atinentes às políticas públicas deixaram de ter um caráter político, de conveniência, para passarem a ser decisões de princípio<sup>236</sup>.

No tocante ao direito à saúde, a Administração Pública tem a possibilidade de escolher a melhor, ou as melhores políticas públicas, as quais possam concretizar tal direito.

Por sua vez, o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, enquanto política pública de promoção da justiça social e da igualdade material entre os indivíduos, consoante visto em capítulo próprio, tem como cerne o fornecimento de medicamentos previamente especificados de forma taxativa para a população que deles necessite.

Ocorre que, de acordo com esse programa, a inclusão de novos medicamentos na lista inicialmente elaborada, ou a exclusão de medicamentos considerados ultrapassados em face do avanço da Medicina, apenas pode ocorrer mediante a solicitação de gestores,

---

<sup>235</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 37.

<sup>236</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da reserva do possível*, p. 182.

órgãos/instituições da área de saúde e outros da sociedade organizada, e deve obedecer aos critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em ato normativo específico.

Nesse momento voltam-se os questionamentos levantados no capítulo anterior. Mesmo sendo a política pública uma forma de exteriorização da discricionariedade administrativa, mesmo a Administração Pública podendo escolher qual o caminho a ser utilizado para concretizar o direito a saúde, por exemplo, pode ela determinar taxativamente os medicamentos a serem fornecidos sem levar em conta rapidamente os avanços da medicina?

A resposta para nós é negativa. Muito embora se trate, em princípio, de uma exteriorização da atividade discricionária de escolha criativa por parte da Administração Pública, isso não implica que essa discricionariedade não tenha limites, uma vez que, conforme se viu, a mesma é delineada pelos princípios existentes no Ordenamento Jurídico existente.

Além disso, em as políticas públicas sendo o caminho para se chegar à melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, ou seja, ao conteúdo material do direito ao desenvolvimento, as mesmas não podem furtar-se de observar tal objetivo constitucional, fato esse que deve balizar, também, o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

### 5.3 OS PRINCÍPIOS SETORIAIS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A MEDIDA DO DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL À SOCIEDADE

A Constituição Federal brasileira atual, por meio de seu art. 37, determina que a Administração Pública deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência.

No que toca ao princípio da moralidade, o mesmo tem lugar quando a Administração Pública e seus agentes agem em conformidade com os princípios éticos, englobando aqui o da lealdade e da boa-fé<sup>237</sup>.

Muito embora tenha sido difundido com Kelsen que o Direito deveria dissociar-se da moral, argumentando não existir uma moral universal<sup>238</sup>, tal não deve ser o posicionamento adotado na atualidade. Assim o é, posto que os valores morais, quando positivados, passam a compor o Ordenamento Jurídico vigente<sup>239</sup>.

Ademais, muitos foram os clamores por uma administração honesta e democrática, de modo que o princípio ora em comento passou a integrar o corpo das normas conformadoras da nossa Constituição Federal.

Em sendo assim, o princípio da moralidade administrativa determina que a Administração Pública aja de forma virtuosa com vistas a alcançar a finalidade do Direito. Aqui vale salientar que os meios utilizados para alcançar os fins do Direito também devem estar pautados pelo princípio da moralidade.

Por fim, quanto a esse princípio, é preciso corroborar-se a idéia de que não existe uma moral universal, mas sim a adoção de valores que passam a integrar o Ordenamento vigente.

Desse modo, os agentes administrativos não devem pautar-se pelos seus próprios valores morais, mas sim pelos que se encontram na Constituição de 1988, elencados especificamente nos seus artigos primeiro e terceiro.

Conforme se viu, o artigo terceiro é o que contém os objetivos a serem alcançados pela República Federativa do Brasil e mais: os mesmos extraem seu significado dos demais princípios abraçados pela nossa Constituição. No entanto, isso não é algo estanque: os demais

---

<sup>237</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 109.

<sup>238</sup> KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 63 e ss.

<sup>239</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação Judicial da Discricionariedade no Regime Jurídico-administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 73-74.

princípios também encontram o seu fundamento nesses objetivos, de modo a haver uma intercessão contínua entre eles, a fim de que se construa o Estado Democrático de Direito brasileiro tão sonhado.

Noutro giro, o princípio da eficiência não possui conceituação clara na doutrina, não sendo raras as vezes em que o termo ‘eficiência’ é confundido com eficácia e efetividade<sup>240</sup>.

Para aclarar a situação, necessário se faz trazer para o presente estudo o significado dos termos quando do estudo das normas jurídicas.

No capítulo terceiro, disse-se que uma norma jurídica era tida como eficaz quando possuísse a “*capacidade de produzir efeitos jurídicos*”<sup>241</sup> aos quais se destinou. Por sua vez, diz-se que a norma é efetiva quando os indivíduos apresentam uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma<sup>242</sup>. Por fim, a eficiência seria a concreta realização da finalidade da lei.

Tomando como exemplo o art. 196 da Constituição federal de 1988, o mesmo determina que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Por tal texto normativo encontrar-se no corpo da nossa Constituição, a norma nele inclusa apresenta força normativa, de forma a possuir capacidade para produzir os efeitos aos quais se destinou. Por sua vez, em a Administração Pública editando políticas públicas as mais diversas, as quais visem à promoção da saúde, aludida norma será considerada efetiva.

Por fim, em as políticas públicas alcançando realmente a promoção da saúde para todos, o artigo 196 da Constituição brasileira poderá ser considerado eficiente.

---

<sup>240</sup> Ver ponto 3.3 do presente trabalho.

<sup>241</sup> “*En el lenguaje doctrinal, el vocablo ‘eficacia’ -predicado de normas o de actos jurídicos- significa capacidad de producir efectos jurídicos*”. GUASTINI, Riccardo. *Op. Cit.*, p. 321.

<sup>242</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 65.

Passando para a idéia de eficiência no tocante à Administração Pública, sabendo que a mesma atua por meio de atos, condutas e atividades, esses serão eficientes se alcançarem os fins a que se destinaram.

Fabiano André de Souza Mendonça, em relação à Administração, indica ainda que o termo 'eficiência' pode ser considerado em grau fraco, moderado e forte, dependendo, para tanto, do produto da aliança do estado da técnica disponível cumulado com a sua possibilidade de realização<sup>243</sup>.

Nesse sentido, a atuação da Administração Pública em determinado aspecto deverá alcançar, necessariamente, os fins a que se destina, caso possua tecnologia disponível para tanto, bem como condições materiais, aqui englobando a sua condição financeira<sup>244</sup>.

Por sua vez, em a Administração Pública possuindo a completude do estado de técnica, mas somente a parcialidade das condições materiais para atuar de determinada forma, ao Executivo não é exigível alcançar necessariamente os fins da sua atuação, mas sim, apenas realizar o que estiver ao seu alcance, de modo que a sua obrigação converte-se em obrigação de meio e a sua eficiência passa a ser considerada em grau moderado<sup>245</sup>.

Finalmente, em a Administração Pública não possuindo nem o estado de técnica, nem as condições materiais para realizar algo, da mesma maneira apenas é exigível a realização de planejamento competente para que, num futuro próximo, possa atuar de forma concreta naquilo que é a sua obrigação. Fala-se aqui em eficiência em grau fraco<sup>246</sup>.

Não há aqui a divulgação de um pensamento em que se aceite um comportamento inerte do Executivo, seja ele Federal, Estadual ou Municipal, mas sim a exigência de uma atuação realmente eficiente, na medida de suas reais possibilidades.

---

<sup>243</sup> MENDONÇA, Fabiano André de Sousa. *Determinação da responsabilidade administrativa pelo princípio da eficiência*. *Justilex*, a.3, n. 26, fev/2004, p. 2.

<sup>244</sup> *Idem. Ibidem*, p.2.

<sup>245</sup> *Idem. Ibidem*, p.2.

<sup>246</sup> *Idem. Ibidem*, p.2.

Fazendo uma interligação com o exposto, considerando o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, tem-se que o mesmo adveio com o intuito de se dar efetividade ao dispositivo constitucional acima citado.

No entanto, pelo fato de o mesmo consubstanciar-se em um meio de atuação da Administração Pública, uma análise da eficiência do mencionado programa em si se faz necessária.

O problema inerente ao programa ora em análise diz respeito ao fato de o mesmo fornecer à população medicamentos defasados tecnologicamente sob a ótica da Medicina.

Com base nisso, em observância aos conceitos inerentes ao princípio da eficiência, resta claro que o Executivo detém meios de pesquisar quais são os medicamentos mais avançados na cura das doenças contempladas pelo Programa.

Ademais, ainda que esses novos medicamentos possuam um custo mais elevado do que os atualmente fornecidos, não deve a Administração Pública fornecer remédios de eficácia reduzida em relação aos atuais apenas para dizer que os fornece e se contentar com tal situação. Do modo como está, consubstancia-se apenas o desperdício de dinheiro público e a inobservância das normas constitucionais<sup>247</sup>.

Nesse contexto, não deve o Poder Econômico, mais especificamente, as teorias econômicas de fundo neoliberal, ditar as regras ao Direito, sobrepondo-se a esse, de modo a condicionar os atos do Estado.

Em contrário, o que deve ocorrer é um diálogo entre a Ciência do Direito e a Ciência Econômica. Os motivos são trazidos por Luciano Benetti Timm, para quem a Economia é a ciência que descreve de forma suficientemente adequada a integração dos seres humanos com o mercado, bem como pelo fato de que é a Economia a ciência que se preocupa com a

---

<sup>247</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 258.

alocação eficiente dos recursos existentes ante as necessidades sociais<sup>248</sup>.

É necessário, portanto, que haja um planejamento visando à atualização da lista, cerne do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

Ocorre que não há esse planejamento. Conforme se viu, o predito programa não só não contempla uma atualização da famigerada lista de tempos em tempos, como também apresenta um mecanismo rígido para inclusão/substituição dos medicamentos ali constantes.

Desse modo, como uma verdadeira política pública, vê-se que o referido programa não obedece ao princípio da eficiência e, em consequência, o da moralidade administrativa, haja vista que não busca concretizar os fins do Direito, uma vez não garantir em sua completude o direito à saúde.

Em não observando os princípios da moralidade e da eficiência, o programa também não observa os objetivos gerais explicitados na nossa Constituição, nem os específicos da área da saúde.

Ao não fornecer os remédios nos termos necessários, não se está garantindo o bem-estar, tampouco a justiça social, objetivos explícitos da Ordem Social instituída pela Constituição Federal de 1988.

Num âmbito maior, ao não fornecer medicamentos adequados para o tratamento das doenças à população brasileira, não está se garantindo o desenvolvimento Nacional (art. 3º, II, CF), entendendo-se aqui desenvolvimento como melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, nem promovendo o bem de todos (art. 3º, IV, CF).

Em específico, no que toca ao desenvolvimento, cumpre rememorar que o mencionado art. 3º, II da nossa Carta Maior consagra explicitamente o conteúdo inerente ao termo desenvolvimento e, por consequência, implicitamente, o direito ao desenvolvimento.

Sendo assim, não levar a termo uma política pública que realmente tenha como base

---

<sup>248</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Op. Cit.*, p. 57.

atender às necessidades dos cidadãos implica, também, no ultraje ao direito ao desenvolvimento.

Ainda, considerando o desenvolvimento enquanto conteúdo material tem-se que sem o medicamento necessário para a cura da doença que lhe acomete, o indivíduo não tem como viver a qualidade de vida; não há isso se o corpo está perecendo. Ademais, se ter saúde, observando essa de forma estrita, é um dos caminhos para se viver o desenvolvimento, é óbvio que a existência da doença diminui as condições de estudo e trabalho do homem, menoscabando suas chances de buscar a viver a situação o mais próximo do ideal possível, de acordo com as escolhas que fez para a sua vida.

Desta feita, o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, nos moldes atuais, não se enquadra de forma certa na idéia que se tem de política pública, consoante se disse no ponto anterior desse capítulo, razão pela qual necessita de modificações urgentes ou, de maneira mais drástica, ser substituído por outro.

#### 5.4 FORMAS E POSSIBILIDADES DE CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O Estado Moderno, mais especificamente o Estado Liberal, foi concebido em momento histórico no qual se devia substituir a vontade individual dos monarcas pela lei.

Em sendo assim, enquanto o Estado Liberal foi o modelo de Estado adotado, o seu cerne seria a lei. Por sua vez, como a lei é objeto de produção do Poder Legislativo, esse esteve em evidência por todo esse período.

Contudo, com a ascensão do Estado Social e, conseqüentemente, da adoção de pensamento segundo o qual a função primordial desse seria a promoção da igualdade material entre os homens, as políticas públicas passaram a ser o cerne da questão. Como o Poder Executivo é quem possui a função de criá-las e implementá-las, esse passou a ser o foco das



questões no período atual<sup>249</sup>.

Nesse contexto, uma das questões mais importantes diz respeito ao modo como os direitos sociais serão assegurados diante das políticas públicas. Assim o é, pois a noção de direito fundamental está imbricada com a de garantia de direitos, ou seja, de mecanismos que assegurem a sua efetividade.

Nesses termos, as garantias de direitos, levando em consideração o encarregado da realização dessa efetividade, podem ser classificadas em garantias sociais e garantias institucionais.

Essas últimas têm lugar quando uma instituição, geralmente de caráter público, está incumbida de assegurar os direitos fundamentais. Por seu turno, considerando que a instituição seja de caráter público, pode-se falar na garantia realizada pelos poderes políticos; bem como na garantia jurisdicional<sup>250</sup>.

Tanto a garantia realizada pelos poderes políticos como a jurisdicional, ambas podem acontecer por meio do controle de juridicidade das políticas públicas implementadas pelo Executivo com o intuito de concretizar os direitos sociais.

É imprescindível dizer-se neste momento que os poderes políticos não devem esquecer que os direitos sociais, assim como todos os demais direitos fundamentais, vêm estabelecidos em uma constituição e, portanto, possuem um conteúdo mínimo essencial que não pode ser violado. Em sendo assim, a realização de qualquer política pública, seja ela concretizada por meio de ações ou omissões, não pode violar esse conteúdo mínimo<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas*, p. 40 e ss.

<sup>250</sup> COURTIS, Christian. *Op. Cit.*, p. 196-197.

<sup>251</sup> *Idem. Ibidem*, p. 196-199.

Fábio Konder Comparato, em estudo sobre o termo ‘controle’, verificou que o mesmo possui origem na língua francesa, mas tendo sofrido grande influência da língua inglesa<sup>252</sup>.

Na primeira, significa verificação, fiscalização. Por outro lado, na segunda, possui acepção de poder, dominação. Desse modo, na língua portuguesa apresenta sentido híbrido, adotando as duas significações. No entanto, no âmbito jurídico é de melhor grado ser utilizado na acepção advinda do francês, uma vez ter sido essa a linha adotada pela nossa Constituição de 1988.

Noutro giro, no tocante ao presente estudo, viu-se que o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional criado pelo Executivo com o fito de fornecer medicamentos gratuitamente à população brasileira; por basear-se numa lista fechada dos medicamentos colocados à disposição dos indivíduos, conforme se viu, muitas vezes indo de encontro aos avanços da medicina e não disponibilizando os medicamentos mais eficazes na cura de doenças; não obedece aos princípios da eficiência e da moralidade administrativa e, de forma mais grave, não concretiza o direito fundamental à saúde, reconhecido constitucionalmente, e o direito ao desenvolvimento.

Tal política pública, portanto, mostra-se em desacordo com o Direito, com a Constituição Brasileira. Mas como exercer um controle efetivo sobre as políticas públicas?

Embora a idéia de política pública não se confunda com a de plano, é óbvia a imbricação existente entre os conteúdos iminentes e tais palavras, de forma que a elaboração de uma política envolve primeiramente a elaboração de um plano calcado em escolhas políticas e em um juízo de valor, não se podendo falar em planejamento neutro.

Em sendo assim, não há como falar em política pública sem falar em planejamento e, conseqüentemente, sem falar em finanças públicas. A prática de determinada ação positiva

---

<sup>252</sup> COMPARATO, Fábio Konder *apud* SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado: Possibilidades e Limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 88.

por parte da Administração Pública no âmbito dos direitos sociais envolve também a questão do orçamento público.

Por conseqüência, deve haver um controle interno e externo das finanças públicas, em atenção ao *check and balances*, nos termos em que disciplina o art. 70 da Constituição Federal:

*“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.*

No tocante ao controle interno, o mesmo é o exercido pela própria Administração Pública, a qual tem o dever de fiscalizar os seus próprios atos, em cada uma das esferas federativas.

Aqui é importante dizer-se que os parâmetros para esse controle não é apenas o legal, mas, mais ainda, a verificação de que se os atos, condutas, decisões e políticas encontram-se em consonância com os anseios da sociedade.

Ademais, além dos princípios da eficiência e da moralidade administrativa, um outro princípio que rege a Administração Pública é o da autotutela administrativa, segundo o qual o Executivo pode rever os seus atos, condutas e decisões a qualquer tempo<sup>253</sup>.

Tomando por base o conjunto de atos que culmina na inclusão de medicamentos ultrapassados na lista fechada objeto do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, ou mesmo a ausência de atos que culminam na não-inclusão de medicamentos realmente efetivos nessa lista, os mesmos, dada a sua não adequação ao Ordenamento Jurídico vigente, podem ser revistos a qualquer tempo pela Administração.

Contudo, o próprio programa adota um procedimento embaraçoso para a revisão dos referidos atos. Conforme se viu, a solicitação de inclusão ou substituição de um medicamento por outro da lista inerente ao Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional deve

---

<sup>253</sup> MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 118-119.

ser feita pelos gestores, órgãos/instituições da área de saúde e outros da sociedade organizada, demonstrando a eficácia e segurança do medicamento, além de vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada (maior eficácia ou segurança ou menor custo). Nesse momento deve ser observado o impacto financeiro da inclusão/substituição, bem como a disponibilidade orçamentária dos entes envolvidos.

Ocorre que a norma a qual instituiu o programa ora em análise, configura-se numa portaria - ato normativo exarado pelo próprio Executivo.

Em sendo assim, a própria Administração Pública pode reformular a predita norma, qual seja ela, a Portaria 2.577GM e prever caminhos mais ágeis de revisão dos atos administrativos que culminam na inclusão ou exclusão de determinado medicamento na lista fechada objeto do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

Falando-se de um outro patamar, viu-se que a própria política pública concernente ao Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, é incongruente com os princípios da Administração Pública, com os princípios constitucionais e, por fim, com os objetivos elencados na nossa Lei Maior, uma vez que por não garantir o fornecimento de medicamentos realmente eficazes para o tratamento das doenças integrantes do programa, não garante, conseqüentemente, o direito à saúde dos indivíduos e o direito ao desenvolvimento.

Em sendo assim, considerando que a referida política é oriunda do Executivo, ele mesmo poderia reformular o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, de modo a torná-lo congruente com o Ordenamento vigente.

No entanto, considerando o grau de dificuldade escolhido para permear o procedimento de inclusão ou exclusão de medicamentos da famigerada lista, logo se vê o pensamento da Administração em face do programa por ela instituído.

Em sendo assim, logo se vê a ineficácia do controle exercido pelo Poder Executivo em virtude de seus próprios atos, de sua própria atividade, ainda mais quando o objeto da

revisão constitui-se numa política pública.

Noutro giro, no que diz respeito ao controle externo<sup>254</sup> das finanças da Administração Pública, esse é realizado pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas, nos termos do art. 71<sup>255</sup> da Constituição Federal:

Por sua vez, esse controle pode ser no sentido de julgar as contas prestadas anualmente pelos administradores, bem como de fiscalizar o modo como o dinheiro público está sendo empregado. No que tange às políticas públicas, se a quantia empregada é condizente com a necessidade social.

Quando julgadas irregulares as contas, a decisão poderá implicar para os responsáveis as seguintes consequências: pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos; determinação do afastamento temporário do

---

<sup>254</sup> No tocante ao controle interno, este deve ser exercido por órgãos internos de cada Poder. Como as entidades governamentais são organizadas hierarquicamente, as de grau superior devem supervisionar as de grau inferior, de forma a verificar como o emprego do dinheiro público vem sendo planejado.

<sup>255</sup> São as seguintes as funções do Tribunal de Contas:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

responsável; responsabilização solidária da autoridade superior competente; decretação, por prazo não superior a um ano, da indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração; sustação da execução do ato administrativo reputado ilegal; conversão do processo em tomada de contas especial, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário; aplicação de multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário, quando o responsável for julgado em débito; inabilitação do administrador público, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública; e arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito.

Conforme se vê, tal controle restringe-se à legalidade dos atos praticados pela administração pública, à verificação da adequação financeira dos mesmos.

No caso do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, por exemplo, o controle realizado pelo Poder Legislativo, restringe-se à verificação das contas inerentes ao mesmo, sem adentrar em seu mérito.

Em referência ao Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, portanto, o controle realizado pelo Poder Legislativo, por apenas conseguir aferir se o mesmo está de acordo com as determinações contábeis, financeiras e administrativas, mostra-se ineficiente para conseguir modificá-lo, torná-lo condizente com os objetivos e princípios constitucionais.

A mencionada forma de controle pode conseguir aferir a regularidade contábil, financeira e administrativa do programa, mas não é capaz de fiscalizar a concretização do direito constitucional à saúde.

Essa, na verdade, é a situação corrente, haja vista que o problema a ela inerente diz respeito ao conteúdo do programa, aos medicamentos constantes na lista. É preciso, portanto, abrir as portas para uma forma mais eficiente de controle das políticas públicas.

## 5.5 O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTÂNCIA CONCRETIZADORA DOS DIREITOS SOCIAIS: HÁ POSSIBILIDADE DE CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR PARTE DESSE PODER?

Um dos pontos centrais de um Estado fundado em uma Constituição é o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais.

Por sua vez, conforme já vem sendo dito bastante, os direitos sociais de caráter prestacional, em relação à Administração Pública, necessitam que essa implemente políticas públicas para a sua concretização. Sem que isso ocorra, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais, embora sejam dotadas de eficácia jurídica plena, não apresentarão efetividade. E, embora não seja essa a situação que deveria acontecer faticamente, é a realidade corrente na atualidade.

Paralela a essa situação tem-se que esse mesmo Estado fundado em uma Constituição também tem em seu cerne o princípio democrático, segundo o qual se deve primar pelo governo da maioria. Tomando como base a democracia representativa, a maioria elege os seus representantes para que exerçam cargos no Poder Executivo e no Poder Legislativo.

E é assim que ocorre no Brasil. Nossa Constituição dispôs em seu artigo primeiro que todo poder emana do povo. Por sua vez, nos art. 45, 46 e 77 vem determinado como serão eleitos os componentes do Poder Legislativo, bem como o chefe do Poder Executivo.

Ocorre que quanto ao poder constituído restante, ou seja, ao Poder Judiciário, os membros desse não são eleitos, mas selecionados dentre a maioria por meio de concurso público.

Nesse contexto, a vontade da maioria exterioriza-se por meio da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, os quais criam e implementam as políticas públicas, elaboram as leis, cuidam de prestar uma maior eficiência aos recursos públicos.

Além do mais, no tocante às políticas públicas, as mesmas podem ser controladas pelo próprio Executivo como se viu, bem como pelo Legislativo, quando da análise das leis orçamentárias de iniciativa do Executivo, ou por meio do controle externo realizado constantemente com o auxílio dos Tribunais de Contas.

No entanto, como tais políticas são os meios de implementação dos direitos sociais, se elas não forem realizadas, ou se o forem, mas de forma ineficiente, os mencionados direitos poderão tornar-se inefetivos, mesmo estando incutidos em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Aliado a isso, pode acontecer de o controle exercido pela própria Administração Pública, juntamente com o exercido pelo Legislativo não conseguir efetivar os aludidos direitos.

Nesse caso, vai haver uma maioria política eleita pelo povo sem levar a termo os direitos fundamentais. Dois pontos conformadores do cerne do Estado fundado em uma Constituição estarão em conflito. Quando isso acontece, compete ao Judiciário agir?

Lênio Luiz Streck, entendendo a Constituição como uma expressão do Contrato Social, aduz que deve prevalecer o seu conteúdo material, o que nada mais é do que a incorporação dos valores vigentes à época de sua feitura. Assim, segundo ele, deve prevalecer o princípio constitucional em face do princípio da maioria atual<sup>256</sup>.

Fala-se aqui em maioria atual, a qual deve sobrepor-se o princípio constitucional, pois a Constituição, confeccionada por meio de uma Assembléia Constituinte legítima, eleita pelo povo, nada mais é do que a expressão da vontade da maioria desse momento, dos valores

---

<sup>256</sup> STRECK, Lênio Luis. *Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais*. In: SCAFF, Fernando Facury. *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 155-156.



vigentes nesse momento. Esse compromisso expressado por meio da Constituição nada mais seria do que um mecanismo de defesa expressado pelo próprio povo em face da possibilidade de o mesmo, no futuro, afundar-se em meio às suas fraquezas<sup>257</sup>.

Esse também é o pensamento de Antonio Baldassarre, para quem a grande modificação ocorrida do clássico Estado de Direito para o Estado atual repousa no fato de que esse último, em lugar de uma legalidade formal, há uma legalidade de valores/constitucional.

*“O Estado assimila em sua Constituição os valores que presidem a própria vida política e comunitária, com o fim de instituí-los, para todos os poderes constituídos, como critérios de orientação da própria ação e como limite além do qual as forças políticas e os poderes públicos não podem levar seus compromissos e suas decisões<sup>258</sup>”.*

Nesse sentido, em os direitos sociais prestacionais fazendo parte desse núcleo nesse modelo de Estado material/constitucional, devem desempenhar os mesmos papéis que os direitos de primeira dimensão desempenhavam quando do modelo anterior<sup>259</sup>.

Uma outra consideração deve ser feita neste momento: aqui não se está tentando defender o engessamento da Constituição em prol da prevalência da vontade do Constituinte representante da maioria de um dado espaço de tempo. Nem que se quisesse isso não seria possível, uma vez que o próprio Constituinte ao confeccionar a nossa Carta Magna, assim o fez utilizando-se nos textos das normas termos de linguagem semântica deveras vaga, o que possibilita que a vontade da maioria do marco inicial constituinte seja ao mesmo tempo atualizada no que for preciso e preservada no que for essencial<sup>260</sup>.

Diante do exposto, vez que não há qualquer contradição entre democracia e constitucionalismo. Muito pelo contrário, é legítimo “estabelecer limites para as maiorias de

<sup>257</sup> SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In: Daniel Sarmiento; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 131.

<sup>258</sup> “Em este sentido se puede hablar, como se ha hecho, de un Estado de derecho introvertido, em el sentido de un Estado que asimila em su Constitución los valores que presiden la propia vida política y comunitaria, com el fin de instituirlos, para todos los poderes constituídos, como criterios de orientación de la propia acción y como límite más allá del cual las fuerzas políticas y los poderes públicos no pueden llevar sus compromisos e sus decisiones”. BALDASSARRE, Antonio. *Los derechos sociales*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2004, p. 64.

<sup>259</sup> *Idem*. *Ibidem*, p. 71.

<sup>260</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 131.

*cada momento, sobretudo ligados à proteção dos direitos fundamentais e das regras ligadas à preservação do próprio processo democrático*<sup>261</sup>”, o que termina por concretizar o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a resposta para o questionamento feito acima deve ser afirmativa, mas desde que a interferência realizada tenha como escopo à garantia de um direito fundamental, de modo que o Judiciário esteja reconduzindo-se aos anseios do Constituinte, representante maior da vontade geral<sup>262</sup>.

Apenas se o Executivo e Legislativo tiverem feito escolhas observando os princípios e objetivos constitucionais, sempre tendentes a concretizar o princípio da eficiência, é que o Judiciário terá que resguardar tais escolhas em atenção ao princípio democrático<sup>263</sup>.

Desta feita, mesmo sendo verdade que essa interferência tem alguns elementos balizadores, os quais serão analisados no próximo capítulo em atenção ao controle de políticas públicas, constitui-se o Judiciário em poder concretizador dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, os sociais.

Por tais motivos é que se torna possível falar, inicialmente, na possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas e atender, por via reflexa, aos interesses dos grupos.

Pelo exposto, no caso do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, em sendo verificado que a lista de medicamentos, a qual se constitui no cerne da política pública em comento, não obedece aos princípios da eficiência, não preserva o núcleo duro do direito fundamental à saúde, tem sim o Poder Judiciário possibilidade de interferir na condução da aludida política.

---

<sup>261</sup> *Idem. Ibidem*, p. 131.

<sup>262</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 11. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Último acesso em: 12 de julho de 2008.

<sup>263</sup> *Idem. Ibidem*, p. 12.

Assim o é, pois o Constituinte, representante maior da maioria, entendeu ser a saúde direito fundamental contido em norma dotada de eficácia plena, de modo que compete aos poderes, os quais ficaram responsáveis por efetivá-lo inicialmente, assim proceder, de acordo com os ditames da eficiência.

Ocorre que mesmo por parte do Judiciário essa idéia ainda não foi muito bem digerida.

Em primeiro lugar tem-se o fato de os direitos sociais, direitos de grupos, não se enquadrarem perfeitamente na teoria dos direitos subjetivos, a qual, consoante se disse, foi criada para dar fundamento aos direitos de primeira dimensão.

Em função disso, o Poder Judiciário, através da maioria de seus magistrados, também não cuida de proteger estes direitos sociais reconhecidos constitucionalmente sob a alegação de que não há como garantir a sua implementação no mundo fático, tal qual pode acontecer com os direitos individuais de liberdade.

Embora os grupos tenham descoberto os caminhos do Judiciário com intento de verem aplicadas ao seu favor às normas disciplinadoras dos direitos sociais<sup>264</sup>, os magistrados, obrigados a dar uma resposta para as querelas, continuaram a se valer da chamada velha hermenêutica na resolução dos conflitos sociais com os quais se deparam.

É nesse ponto que deve surgir uma atualização da idéia que se tem do direito subjetivo: se as necessidades individuais são consideradas direitos e são passíveis de proteção, as necessidades sociais, também sendo consideradas direitos da coletividade, devem ser passíveis de proteção, de forma a se englobarem na noção de direito subjetivo.

No entanto, qual seria essa nova idéia acerca dos direitos subjetivos ainda permanece sendo uma incógnita, de forma a configurar-se no ponto de maior preocupação dos juristas da atualidade.

---

<sup>264</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32.

Em verdade, os magistrados mais jovens, lotados nas comarcas de interior, ou de alguma forma próximos aos anseios sociais, vêm lutando, de uma forma geral, por uma modificação da justiça brasileira e, em alguns casos mais específicos, pela própria concretização dos direitos sociais<sup>265</sup>. Estes magistrados conscientizaram-se do poder normativo de que dispõem, passaram a aplicar uma hermenêutica crítica na resolução dos conflitos, bem como a substituir a obediência estrita da lei por jurisprudências inovadoras compromissadas com os objetivos das partes.

Todavia, embora tais mudanças não possam ser desconsideradas, não são suficientes, uma vez que a maioria da corporação judicial continua atrelada a uma visão de mundo tecno-liberal, fundamentada no formalismo jurídico<sup>266</sup>.

Em conseqüência, volta-se a bater na mesma tecla: sem direitos sociais implementados, não há como a população ter sua qualidade de vida melhorada; sem saúde, educação, lazer não há que se falar em desenvolvimento.

Segundo ponto a ser destacado diz respeito à cultura jurídica brasileira, que segundo José Reinaldo de Lima Lopes, caracteriza-se por ser individualista, utilitarista e formalista<sup>267</sup>, características que se aliam ao fato dos juristas integrantes do Poder Judiciário terminarem por se identificar com a classe dominante e, conseqüentemente, intentar defender os interesses dessa e não dos grupos minoritários.

É preciso que se mencione também a inflação legislativa e a pluralidade de entes legiferantes como características da ordem brasileira, de modo a criar um Ordenamento Jurídico incoerente<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 94.

<sup>266</sup> *Idem. Ibidem*, p. 95-96.

<sup>267</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81 e ss.

<sup>268</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. Cit.*, p. 41.

Ademais, apesar da inflação legislativa, da pluralidade de entes legiferantes, as normas jurídicas encontram-se em descompasso com a realidade atual, aliando-se a juizes também despreparados para resolver os conflitos sociais atuais<sup>269</sup>.

Desta feita, ainda que existam juizes dotados de embasamento ideológico baseado na promoção social, bem como outros mais cientes de sua responsabilidade social, é fato que o Judiciário atual não apresenta condições consideráveis de assegurar os direitos sociais, coletivos, difusos e outros tanto inerentes a parcelas da sociedade. É preciso que haja uma modificação profunda nas estruturas do Poder Judiciário, através de seu fortalecimento ante os demais poderes constitucionais, bem como por meio da renovação ideológica de seus integrantes.

José Eduardo Faria enfatiza que a solução do problema passa pela formação acadêmica dos novos juristas, pela reciclagem dos mais antigos, bem como pelo fortalecimento do Judiciário, ante o fortalecimento corrente do Poder Executivo<sup>270</sup>. Ante a ineficiência deste em face da implementação de políticas públicas, por exemplo, o Judiciário termina por ocupar um lugar secundário, semelhante ao de uma instituição subordinada.

---

<sup>269</sup> *Idem. Ibidem*, p. 45.

<sup>270</sup> FARIA, José Eduardo. *Op. Cit.*, p. 97 e ss.

## **6 A POSSIBILIDADE, DIANTE DA NECESSIDADE, DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS IMPLEMENTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO QUE TANGE AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: UMA NOVA VISÃO EM FACE DOS ANTIGOS LIMITADORES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

### **6.1 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS ANTE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

O Estado Liberal, conforme se vem explicitando exhaustivamente, foi produto de uma burguesia que, por precisar de liberdade, intentava extinguir o absolutismo monárquico.

Como a burguesia necessitava de neutralizar toda e qualquer forma de intervenção que pudesse prejudicar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo e o absolutismo era sinônimo de concentração de poder, a predita classe desconfiava de um poder materializado em um único ente e tinha como objetivo, por conseguinte, criar um modelo de Estado que se coadunasse com os seus desejos.

Dessa forma, surgiu o Estado Liberal, cuja finalidade era a abstenção na realização de atos que pudessem interferir na esfera privada do indivíduo, fundamentado na existência de mais de um poder, cada qual com suas especializações orgânicas e funcionais, uns separados dos outros, bem como independentes entre si.

A técnica do poder controlando o próprio poder foi, portanto, o meio encontrado para garantir ao indivíduo total proteção contra o Estado e seus poderes constituídos, limitando-se ao máximo os fins e funções desses.

Vê-se, por conseguinte, que o Estado Liberal possuiu como dogma o princípio da separação total dos poderes<sup>271</sup>. Tanto é que o art. 16 da Declaração do Direito do Homem, documento produto da Revolução Francesa, dispunha que “*toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui Constituição*”. A separação dos poderes, portanto, fazia parte da alma de uma Constituição. Sem ele, não havia que se falar na existência de uma Carta Magna.

Do modelo de estado adotado decorria o princípio da separação dos poderes e esse implicava naquele. Nesse contexto, o Judiciário deveria atuar apenas como mediador na resolução de conflitos individuais, preservando a autonomia de cada uma das partes.

Ocorre que o sistema capitalista entrou em crise, a doutrina liberalista enfraqueceu-se e nasceu um novo modelo de Estado: o Social, o qual trouxe consigo o aumento dos fins e funções de um Estado. Dentre os deveres atinentes ao mesmo estariam, a partir de então, a criação de meios que implementassem a igualdade material entre os homens e a implementação de políticas públicas.

Por outro lado, conforme se disse, o princípio da separação dos poderes foi criado tendo como base o estreitamento das funções do Estado, e não o seu alargamento. Dessa forma, o mesmo não se adequava perfeitamente ao Estado Social<sup>272</sup>.

Nesse contexto, a falta de implementação de políticas públicas ou a criação destas em descompasso com o Ordenamento Jurídico brasileiro, está inclusa nessa área de atuação exclusiva do Poder Executivo, assim como o controle da alocação dos recursos financeiros estaria na seara exclusiva do Legislativo?

A resposta para a questão passa pela verificação do modelo de Estado adotado pela Constituição: se ativo ou reativo.

---

<sup>271</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 63.

<sup>272</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Bahia: Jus Podivum, 2008, p. 439.

Adotando-se o primeiro modelo, o Estado deve ser visto como o ente que organiza, que guia a vida da sociedade<sup>273</sup>. Por outro lado, o Estado reativo caracteriza-se por “*fornecer uma moldura de auto-organização da sociedade e autodeterminação dos indivíduos*”<sup>274</sup>.

No último modelo apresentado, adota-se um posicionamento conservador, de modo a defender ser atribuído a cada poder constituído funções determinadas. O exercício dessas funções por outro poder, então, constitui-se em afronta ao princípio da separação dos poderes.

Já no modelo oposto, os problemas sociais também são problemas estatais e a “*administração da justiça é simplesmente mais uma oportunidade de se efetivar os programas estatais*”<sup>275</sup> e cumprir os fins determinados na Constituição. No que diz respeito à conduta adotada pelos magistrados, esses também devem perseguir a consecução dos fins estatais.

Ocorre que o Estado Social é uma junção dos modelos ativo e reativo. No caso das características do modelo reativo, há um redimensionamento das mesmas, de modo a fazê-las condizer com o modelo ativo.

Como não poderia deixar de ser, características do modelo ativo passam a permear também o Poder Judiciário, de modo que as metas impostas pela Constituição ao Estado também dizem respeito ao mencionado poder, haja vista que esse é apenas uma parte do todo<sup>276</sup>.

Sobre o assunto, Antônio Baldassarre menciona que

*“Um ordenamento fundado no equilíbrio do princípio da liberdade (positiva) e da igualdade conduzem inevitavelmente a aumentar a importância da justiça política e ao reconhecimento em termos gerais de uma interpretação ativista do papel do juiz, enquanto este está chamado a operar equilíbrios de valores e, em especial, a mediar*

---

<sup>273</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. *A administração da Justiça no Estado Social*. In: BEDÊ, Fayga Silveira, BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gerson Marques de. (Org.). *Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 364.

<sup>274</sup> *Idem. Ibidem*, p. 364.

<sup>275</sup> *Idem. Ibidem*, p. 375.

<sup>276</sup> *Idem. Ibidem*, p. 389.



*razoavelmente entre instancias de liberdade e exigências sociais, entre direitos individuais e direitos sociais*<sup>277</sup>”

No caso brasileiro, por exemplo, o art. 3º da Constituição da República, ao falar dos fins estipulados por ela, é bastante claro ao mencionar que os mesmos são os fins da República Federativa do Brasil, do Estado brasileiro e, portanto, de todos que o compõem.

Ainda, a Constituição Federal brasileira adotando tal pensamento, em seu artigo segundo, dispõe que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

Sendo poderes independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, resta claro, portanto, que o sistema adotado no Brasil não é o da completa ‘separação de poderes’, mas sim o do ‘balanceamento dos poderes’<sup>278</sup>. Em outras palavras, na realidade criada pela Constituição brasileira, o Judiciário detém a prerrogativa de interferir nas atividades do Executivo e do Legislativo, mas desde que para conformá-las aos fins constitucionais<sup>279</sup>.

Em específico, no tocante às normas definidoras de direitos prestacionais, Andrés Krell aduz que as mesmas, na medida em que “*deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico de divisão dos poderes perde a sua atualidade*”<sup>280</sup>.

Em face disso, deve ser possível haver a interferência de um Poder sobre o outro quando determinado ato implicar em lesão ou ameaça de lesão a direitos reconhecidos constitucionalmente.

<sup>277</sup> “*Un ordenamiento fundado en el equilibrio del principio de libertad (positivo) y el de igualdad conduce inevitablemente a aumentar la importancia de la justicia política y al reconocimiento en términos generales de una interpretación activista del papel del juez, en cuanto éste está llamado a menudo a operar equilibrios de valores y, en especial, a mediar razonablemente entre instancias de liberdade y exigencias sociales, entre derechos individuales y derechos sociales*”. BALDASSARRE, Antonio. *Op. Cit.*, p. 72.

<sup>278</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177&p=1>. Último acesso em 01 de agosto de 2008.

<sup>279</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. *Op. Cit.*, p. 439.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 90.

Ainda, segundo Germana de Oliveira Moraes, deve haver uma compatibilização entre o princípio da separação dos poderes e o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, de forma que sempre que um ato discricionário da Administração Pública causa dano ou ameaça de dano a outrem, poderá ser controlado pelo Poder Judiciário<sup>281</sup>.

A justificativa do controle repousa no fato de que cada direito fundamental possui um ‘núcleo duro’, o qual jamais poderá ser ultrajado. Em ocorrendo tal afronta, deve o Judiciário interferir com o intuito de garantir os parâmetros mínimos de efetividade dos mesmos<sup>282</sup>.

Defendendo a possibilidade de controle dos Poderes Executivo e Legislativo por parte do Judiciário, também se encontra Mauro Cappelletti. O professor menciona que com a mudança do papel do Estado, de forma a adotar um caráter interventivo, cada vez mais a Administração Pública, por exemplo, ganha contornos maiores em seu papel<sup>283</sup>.

Em consequência, manter o Judiciário distante nesta nova situação implica em fazer dele um Poder apático, detentor apenas da função de resolver conflitos particulares.

Como se viu no capítulo terceiro desse trabalho, os direitos sociais possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata. Em sendo assim é dever dos poderes constituídos implementá-los, constituir-lhes efetivos. Se não o fazem, há um desrespeito à Constituição, enseja-se uma lesão ou, no mínimo, ameaça de lesão aos cidadãos. Desta feita, é dever do Poder Judiciário atuar de modo a evitar tal situação.

Em face da premissa defendida, segundo a qual o Judiciário tem o papel de defender o conteúdo da nossa Constituição, Lênio Luiz Streck aduz que o mencionado Poder deve adotar uma postura intervencionista substancialista, o que implica na possibilidade de, “*na inércia dos poderes encarregados precipuamente de implementar as políticas públicas, é*

---

<sup>281</sup> *Idem. Ibidem*, p. 110.

<sup>282</sup> FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 148.

<sup>283</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 46.

*obrigação constitucional do Judiciário, através da jurisdição constitucional, propiciar as condições necessárias para a concretização dos direitos sócio-fundamentais*<sup>284</sup>”.

Nesta mesma linha de raciocínio, Marília Lourido dos Santos aduz que:

*“a judicialização das políticas públicas encontra seu fundamento no primado da supremacia da Constituição, tida como lei fundamental”, de forma que “o Judiciário não invade o âmbito do Executivo, apenas aplica a Constituição, esta sim superior a todos os poderes estatais, por serem poderes constituídos*<sup>285</sup>”.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito do assunto em comento e julgou que

*“O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes*<sup>286</sup>”.

No entanto, não está a se dizer que o Poder Judiciário deve constituir-se em uma instância única ou superior de controle. Apenas se está a incluir uma possibilidade a mais de controle ao lado das já existentes.

Em verdade, é preciso que essa nova idéia afeita ao do princípio da separação dos poderes adquira novos contornos para que o mesmo possa continuar a servir como meio de proteção dos direitos fundamentais frente aos desmandos dos detentores do poder<sup>287</sup>. Em consequência deve haver um fortalecimento do Poder Judiciário com vistas a garantir a realização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade humana.

Paulo Bonavides, indo mais longe, clama pela substituição do sistema presidencialista de governo para o parlamentarista.

Segundo o autor, o princípio da separação dos poderes, tal qual foi concebido, foi bastante significativo, em outros tempos, para a proteção da liberdade humana. No entanto,

<sup>284</sup> STRECK, Lênio Luis. *Op. Cit.*, p. 158.

<sup>285</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. *Op. Cit.*, p. 272.

<sup>286</sup> STF, DJU 12/05/2000, MS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello.

<sup>287</sup> KRELL, Andreas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 53.

nos dias atuais encontra-se decadente por se mostrar incompatível com o novo modelo de Estado vigente, de modo que a idéia de liberdade contra o Estado passa a ser uma idéia morta<sup>288</sup>.

Nesse sentido, o sistema parlamentarista, por remover definitivamente a pretensa incomunicabilidade entre os poderes, constitui uma ordem qualitativamente superior de organização política e, portanto, encaixa-se melhor na idéia de Estado Social, ainda mais por que nesse modelo de Estado, no que diz respeito à liberdade, a proteção da mesma “*deixa de ser preponderantemente jurídica para se tornar política, dissolvendo, contudo, a antinomia Estado-indivíduo*”<sup>289</sup>.

Noutro giro, ainda que se reconhecendo a viabilidade da idéia de Paulo Bonavides, o Brasil ainda adota o sistema presidencialista de governo. No entanto, não é por isso que as políticas públicas vão deixar de ser controladas.

Conforme se viu, independentemente do sistema de governo adotado, as políticas públicas são o meio de concretização dos direitos sociais e como o Executivo e o Legislativo não possuem meios eficientes de controlá-las, resta ao Judiciário essa função, com fundamento no cumprimento da Constituição.

Quanto ao Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, o Magistrado, com fundamento nos fins impostos pela Constituição, não estará imitando-se nas funções do Legislativo, uma vez não estar criando norma alguma. Também não estará adentrando nas funções da Administração Pública, haja vista que com sua atuação estará, apenas, indicando os caminhos que o Estado deve seguir<sup>290</sup>.

Por outro lado, e muito embora o assunto tenha sido tratado no ponto 5.5 do presente trabalho, é fato que os juizes não gozam de legitimidade democrática nos mesmos termos que os membros do Executivo e do Legislativo.

---

<sup>288</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, P. 86.

<sup>289</sup> *Idem. Ibidem*, p. 86.

<sup>290</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*

Contudo, isso não quer dizer que os mesmos não gozem de legitimidade. Tal atributo advém do processo em que a decisão é formada, uma vez que a mesma nasce do contraditório entre as partes conformadoras do processo. Em consequência, o provimento jurisdicional deve gozar da mencionada legitimação tal qual acontece com os atos do Legislativo ou do Executivo<sup>291</sup>.

Ademais, mesmo levado em conta ferrenhamente o princípio majoritário, ver-se-á que se o Estado não puder controlar as políticas públicas ineficientes existentes, esse próprio princípio restará ultrajado uma vez que se os direitos sociais não se concretizam, os cidadãos não estarão exercendo realmente os direitos que lhe são inerentes, de forma que os representantes do Executivo e Legislativo ali estariam com fulcro numa falsa maioria<sup>292</sup>.

Portanto, o Poder Judiciário deve ser competente sim para controlar o programa objeto do presente trabalho, buscando-o torná-lo condizente com os objetivos constitucionais, seja incluindo novos medicamentos à famigerada lista integrante do programa, seja substituindo os existentes ou mesmo modificando a forma de inclusão/substituição de medicamentos adotada pelo programa.

Esse dever torna-se ainda mais forte diante do reconhecimento do direito ao desenvolvimento, enquanto direito inerente ao cidadão de participar de políticas públicas. Com essa evolução, muito embora o reconhecimento dos direitos prestacionais não assegurem ao indivíduo a possibilidade de procurar o Judiciário caso os meios de concretização de tais direitos não sejam realizados, o reconhecimento do direito ao desenvolvimento propicia esse caminho.

Essa idéia resta mais transparente no caso de existir determinada política pública, mas dotada de ineficiência. Assegurada a idéia de poder de participação nas políticas, os

---

<sup>291</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>292</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. *Op. Cit.*, p. 439.

indivíduos têm que ter meios de fazê-lo e mais, de fazê-lo tornando-as aptas a satisfazer as necessidades as quais objetivaram, de início, saciar.

Assim, no tocante ao Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, ante o princípio da separação dos poderes, não deve restar dúvidas de que o cidadão detém a possibilidade de procurar o Judiciário com o intuito de fazer-lhe incluso na referida política, tornando-a apta a atender as necessidades as quais se destinou, ou seja, de fazer com que o programa passe a contemplar medicamentos realmente eficazes, ou, pelo menos, que passe a poder ser revista com maior eficácia.

## 6.2 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS ANTE A RESERVA DO POSSÍVEL E A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA

A idéia atinente à reserva do possível foi criada na Alemanha por meio de decisão adotada pela Corte Constitucional daquele país. O caso analisado tinha como objeto o direito de acesso às vagas nas universidades alemãs e, diante do mesmo, a aludida Corte reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estariam submetidas à ‘reserva do possível’ (*Vorbehalt des Möglichen*)<sup>293</sup>.

A partir daí, a reserva do possível teve em Häberle um de seus expoentes. Para ele, os direitos sociais estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que para serem implementados, tais direitos necessitam da criação de políticas públicas por parte do Estado e essas, por sua vez, dependem de dotação orçamentária para ganhar vida<sup>294</sup>.

De antemão, Vicente de Paulo Barreto aduz que a idéia de reserva do possível traz atrelada a si três falácias com vistas a negar a imediata exigibilidade dos direitos

---

<sup>293</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm). Último acesso em 01 de agosto de 2008.

<sup>294</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 109.

fundamentais prestacionais.

A primeira delas é referente ao pensamento que se propaga no sentido de que os direitos prestacionais são direitos de segunda ordem, advindos somente para conferir realizabilidade dos direitos de liberdade. Na verdade, segundo o autor, os direitos em comento são mais do que isso: são “*núcleos integradores e legitimadores do bem comum*”<sup>295</sup>.

A segunda apresenta conteúdo político-econômico e constitui-se na afirmação de que os direitos fundamentais prestacionais são condicionados ao vigor da economia estatal. Em relação a esse argumento, Vicente de Paulo Barreto explica que recursos econômicos existem, no entanto, a destinação dos mesmos depende de escolhas políticas<sup>296</sup>.

A terceira falácia repousa na própria idéia de reserva do possível, sendo facilmente rebatida na medida em que todos os direitos, inclusive os de liberdade, possuem custos<sup>297</sup>.

O que se pode ter por razoável é que “*existem limites presentes na realidade dos fatos que condicionam a aplicação do Direito*”<sup>298</sup>, sendo, portanto, a reserva do possível um limite externo aos direitos prestacionais e não algo que lhes seja imanente. Sendo um elemento externo, a reserva do possível se apresenta, pois, como uma condição de realidade, a qual influencia a aplicação do Direito.

Em razão da reserva do possível, o que deve ser feito, então, é buscar-se analisar o problema sob a ótica da real existência de recursos financeiros e da alocação indevida dos mesmos por parte do poder competente.

Em relação à existência de recursos a serem utilizados na concretização dos direitos fundamentais prestacionais, no caso brasileiro, o Constituinte cuidou de inserir no texto constitucional normas que disciplinaram de onde ia vir o dinheiro necessário a ser utilizado

---

<sup>295</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre direitos sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119.

<sup>296</sup> *Idem. Ibidem*, p. 120.

<sup>297</sup> *Idem. Ibidem*, p. 120.

<sup>298</sup> BREUS, Thiago Lima. *Op. Cit.*, p. 236.

nesses casos. Em relação à saúde, o artigo 198, aliado ao artigo 195, da nossa Constituição atual descreveu pormenorizadamente como a União, os Estados e os Municípios irão custeá-la.

Desta feita, não há que se falar em inexistência de recursos financeiros para custear a saúde, mas sim na análise da conformidade de utilização desses recursos e os fins estabelecidos pela Constituição, os quais devem ser buscados em todas as áreas, inclusive na de saúde.

Antes de se falar em inexistência de recursos financeiros, há que se observar se houve a devida alocação dos recursos reservados e tal questão está imbricada com a da discricionariedade atinente à Administração Pública sintetizada em sede de orçamento público.

Embora a idéia de política pública não se confunda com a de plano, é óbvia a imbricação existente entre os conteúdos imanentes de tais palavras, uma vez que a elaboração de uma política envolve primeiramente a elaboração de um plano calcado em escolhas políticas e em um juízo de valor, não se podendo falar em planejamento neutro.

Em sendo assim, não há como não falar em política pública sem falar em planejamento e, conseqüentemente, sem falar em finanças públicas: a prática de determinada ação positiva por parte da Administração Pública no âmbito dos direitos sociais envolve também a questão do orçamento público, dos custos dos direitos.

O orçamento público, por sua vez, é o plano maior do governo, no qual constam todos os planos menores e mais específicos a serem realizados, dentre esses, todas as políticas públicas a serem concretizadas, através da pontuação de todas as despesas e de todas as receitas referentes a determinado período de tempo.

Nesse diapasão, o orçamento público pode ser visto sob quatro aspectos: o político, o econômico, o técnico e o jurídico. O primeiro diz respeito às prioridades inerentes a cada



governo, ou seja, determina onde será gasto o dinheiro público, bem como a forma como o será. O segundo diz respeito à forma como a conjuntura econômica da época pode influenciar nas escolhas feitas pelo governo. Passando ao aspecto técnico, este faz referência ao detalhamento das regras específicas das receitas e despesas. Por fim, o aspecto jurídico é atinente às regras formais as quais o orçamento está adstrito<sup>299</sup>.

Percebe-se, portanto, que as políticas públicas, ações positivas da Administração Pública com o fim de realizar direitos de caráter prestacional, devem ter discriminado nas normas descritas o modo como vão ser implementadas, de onde vem o dinheiro, quanto se vai gastar etc., e com uma ressalva, sempre de um exercício para o outro, no mínimo.

Em os recursos tendo sido devidamente alocados para a área da saúde, o problema passa a ser o da escassez dos mesmos para suprir as necessidades sociais. Tal escassez é vista, portanto, a partir da quantidade de recursos determinados pelo Constituinte em comparação com as reais necessidades da população brasileira: as necessidades podem ser mais amplas que os recursos existentes.

Gustavo Amaral, ao falar da escassez, menciona que essa pode ser natural suave ou severa, quase natural e artificial<sup>300</sup>. A escassez natural severa ocorre quando nada pode ser feito para modificar a oferta de determinado bem. Já a escassez natural suave acontece quando não há nada que possa ser feito para oferecer determinado bem de modo a beneficiar a todos. Em se tratando da escassez quase natural, a mesma tem lugar quando existe a possibilidade de aumento da oferta de determinado bem, criando a possibilidade de satisfazer as pessoas. Por fim, ao se falar em escassez artificial, refere-se a algo que se o governo quiser, pode torná-lo acessível a todos.

---

<sup>299</sup> GOMES, Carlos Roberto de Miranda. *Manual de Direito Financeiro e Finanças*. Natal/RN, 2003, p. 193.

<sup>300</sup> AMARAL, Gustavo, MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* In: TIMM, Luciano Benetti, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97.

Fazendo uma correlação das idéias que se tem de escassez e dinheiro público, tem-se que a esse pode ser atribuída a idéia de escassez suave natural em relação a um primeiro ponto de análise, bem como de escassez quase natural num segundo momento.

Assim se diz, pois o dinheiro existente em um dado momento é um só e naquela ocasião não há como multiplicá-lo, de modo que o existente pode não ser capaz de beneficiar a todos que necessitam do dinheiro público, materializado por meio de políticas públicas.

Ocorre que num segundo momento, com a realização de um planejamento eficiente, otimizando-se o orçamento, pode haver o aumento na oferta de dinheiro, materializado por meio das políticas públicas, podendo satisfazer um número maior de desejos.

Nesse momento deve ser feita a primeira consideração a respeito da reserva do possível: deve-se tomar cuidado para não aplicar a idéia de que as políticas públicas estão condicionadas à existência de recursos de forma equivocada, pois, se assim for feito, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais, em que pesem serem de eficácia plena e aplicabilidade imediata, tornar-se-ão sem efetividade diante da escassez de recursos financeiros.

As condições econômicas vigentes não devem ser barreira para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, “*especialmente quando trate de direitos que, levados a sério, busquem superar exatamente essas condições econômicas*”<sup>301</sup>. Em contrário, a idéia de reserva do possível deve ser entendida como sendo um meio de otimização dos direitos fundamentais e, em específico, dos direitos sociais.

É certo que o Estado, em face da reserva do possível, não possui o dever de garantir em absoluto a completa implementação dos direitos fundamentais prestacionais, mas sim, tanto quanto possível, preservar os níveis de concretização alcançados, bem como atuar de modo a aperfeiçoar os campos ainda carentes da prestação estatal.

---

<sup>301</sup> FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 148.

Assim se diz, pois as necessidades humanas, englobando-se aqui as necessidades sociais e, mais especificamente, as necessidades atinentes à manutenção de sua saúde, são infinitas, ao passo que os recursos financeiros existentes para garanti-las são finitos, dependentes da relação de quanto o Estado arrecada e do quanto ele gasta.

Admitindo-se a idéia de ‘direitos ilimitados’, estar-se-ia admitindo que os mesmos pudessem extrair o substrato necessário para concretizá-los para além da Constituição vigente<sup>302</sup>.

Em concreto, ocasiões vão ocorrer em que o Estado deverá optar por atender uma necessidade com maior intensidade e outra de forma menos intensa, haja vista que não existem direitos absolutos. Logo, em um cenário de escassez, faz-se imperioso tomar decisões alocativas que são, “*basicamente, de duas ordens: quanto disponibilizar e a quem atender*”<sup>303</sup>.

Diante dessa afirmação deve ser feita mais uma consideração: conforme se viu no capítulo 2 do presente trabalho, os direitos fundamentais possuem um núcleo duro, sendo esse o limite da atividade restritiva ou expansiva de um direito.

Nesse sentido está o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, elaborado posteriormente à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, consoante acima mencionado, o qual em seu art. 2º apresenta a seguinte redação:

“Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”<sup>304</sup>.

Aqui entra a questão do princípio constitucional da eficiência, o qual permeia as condutas e atividades inerentes à Administração Pública, de modo que se a mesma não possui estado de tecnologia, nem condições materiais suficientes para atuar de determinado modo,

---

<sup>302</sup> AMARAL, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 104.

<sup>303</sup> *Idem. Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.141.

<sup>304</sup> Texto disponível em: [http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist\\_glob\\_trat/texto/texto\\_2.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_2.html).

deve, ao menos, realizar um planejamento competente para que, num futuro próximo, possa atuar de forma concreta naquilo que é a sua obrigação.

Por sua vez, quanto aos recursos já existentes, os mesmos, obrigatoriamente, devem ser direcionados da maneira mais eficiente possível à consecução dos direitos fundamentais sociais.

Nestes termos está Fábio Konder Comparato, para quem

“se o Estado não dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender à totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem, não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo<sup>305</sup>”.

Portanto, falar-se em planejamento eficiente é terminantemente necessário nesse caso, uma vez que as políticas públicas devem ser pautadas pelo princípio da igualdade. Tendo como exemplo o direito à saúde, o art. 196 da Constituição de 1988 determina que as políticas públicas realizadas nesse setor devem apresentar caráter universal e igualitário, ou seja, devem abranger a todos que se encontrem no mesmo estado de necessidade real, sem preferir um relação ao outro<sup>306</sup>.

Dessa forma, os recursos já existentes devem ser alocados segundo esses princípios e, mais ainda, os que serão angariados por meio de um planejamento eficiente, deverão contemplar uma política pública que atenda a tais balizadores.

No que tange ao problema sob análise, em face do logo acima explicitado, caso haja um controle real do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional no tocante ao modo de inclusão/substituição dos medicamentos constantes na lista que o proporciona vida, ou mesmo à funcionalidade dessa, o paciente não tem a possibilidade de escolher o medicamento com o qual irá tratar-se.

---

<sup>305</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*, P. 250.

<sup>306</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da reserva do possível*, p. 181.

Havendo medicamento disponível no mercado, o qual supra as necessidades de tratamento do paciente, não pode esse pretender que sua escolha prevaleça sobre a opção que acarrete em menos gastos por parte do Poder Público, bem como que o coloque em situação de desigualdade, ainda que benéfica, em relação aos demais que estão na mesma situação.

Essa idéia vai mais além no momento em que o medicamento pretendido não apresenta eficácia comprovada. Aqui o Estado não deve fornecer o medicamento solicitado, ainda que menos dispendioso para os cofres públicos, em atenção ao próprio princípio da dignidade humana e da observação do dever de garantir a saúde a todos, de modo a evitar que o paciente submeta-se a tratamentos duvidosos.

No entanto, no caso dos medicamentos de dispensação excepcional, em especial os utilizados atualmente no tratamento da Hepatite “C” e do Mal de Alzheimer, os mesmos são considerados ultrapassados pela Medicina e outros bem mais eficazes já existem no mercado farmacêutico.

Há, portanto, a necessidade de atualização da famigerada lista, em atenção ao princípio da eficiência e da reserva do possível, otimizando a atuação do Estado.

Outro ponto a ser reforçado diz respeito à possibilidade do Judiciário efetuar o controle de políticas públicas, mesmo tendo que passar pelo problema da reserva do possível e da questão orçamentária.

É sabido que o Executivo elabora o seu orçamento e leva-o para que o Legislativo o analise e, sendo o caso, aprove-o, transformando-o em Lei. Dessa maneira, caberia ao poder legiferar o controle em face do intentado pelo Executivo.

No entanto, tal controle restringe-se, na maioria das vezes, apenas a questões contábeis, à verificação da equivalência das despesas apresentadas com as receitas demonstradas.

Além do mais, consoante foi demonstrado no ponto anterior, o princípio da separação dos poderes, seja ele na sua forma original, seja ele ajustado preliminarmente pelo sistema de freios e contrapesos, ainda deve continuar sofrendo ajustes, de modo a se enquadrar no modelo de Estado Social.

Desse modo, um dos mais novos ajustes deve terminar sendo a possibilidade, sem controvérsias, do Poder Judiciário exercer controle sobre as políticas públicas criadas pelo Executivo e lançadas em Lei Orçamentária por parte do Legislativo, com fundamento no primado da supremacia da Constituição, de forma que o Judiciário não estaria invadindo o âmbito do Executivo, apenas aplicando a Constituição, essa sim superior a todos os poderes estatais, por serem poderes constituídos.

Em função disso, bem como de todo o explicitado até o momento, a reserva do possível não pode constituir-se em obstáculo a implantação de políticas públicas implementadoras de direitos sociais. Deve-se falar sim em limitação da disponibilidade financeira do Estado, mas também em critérios de escolha e distribuição de recursos eficientes, delineadores da discricionariedade da Administração Pública, bem como do seu poder-dever de planejamento orçamentário.

Ana Paula de Barcellos aduz sobre a definição de critérios os quais possam viabilizar o controle jurídico das políticas públicas, os quais passariam por três diferentes etapas: “(i) a identificação dos parâmetros de controle; (ii) a garantia de acesso à informação; e (iii) a elaboração dos instrumentos de controle<sup>307</sup>”.

Nesse sentido foi proferido o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45. O Magistrado explicita que o argumento da reserva do possível não pode ser invocado pelo Estado para eximir-se de cumprir os deveres constitucionais que lhe foram impostos, sem

---

<sup>307</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 240, abr/jun. 2005, p. 93.

qualquer respaldo justo<sup>308</sup>.

É preciso que em face da limitação dos recursos financeiros orçamentários, haja uma verificação do cumprimento do princípio da eficiência em relação à própria organização do orçamento. As mencionadas leis orçamentárias, quando não atentam para os fins elencados na Constituição, carecem sim, portanto, de controle jurisdicional, no que toca aos que estão por vir<sup>309</sup>.

### 6.3 A QUESTÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO LIMITE À ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA DO ESTADO NO QUE TANGE AO CASO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

O mínimo existencial não foi abraçado explicitamente pela Constituição brasileira de 1988, de modo que ora o mesmo é visto como direito fundamental, ora como elemento delimitador da interpretação das normas jurídicas<sup>310</sup>.

Quando visto como direito, o conteúdo do mesmo deriva da idéia de dignidade humana, podendo ser definido como um direito “às condições mínimas necessárias de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas<sup>311</sup>”.

Adotando-se essa linha de pensamento, da norma constitucional que contempla o princípio da dignidade humana seria extraído um núcleo básico, o qual é transformado no mínimo existencial.

---

<sup>308</sup> STF. DJU 04/05/2004. ADPF nº 45 MC/ DF. Relator Ministro Celso de Mello.

<sup>309</sup> KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 36, n. 144, out./dez. 1999, p. 253-254.

<sup>310</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 262.

<sup>311</sup> *Idem. Ibidem*, p.. 262.

Nessa linha de pensamento, Ingo Sarlet divide os direitos fundamentais em ‘direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa’ e ‘direitos fundamentais como direitos a prestações’. Esses últimos teriam como limites a reserva do possível. Então, em face disso, o doutrinador cria a idéia de existência digna, a qual não estaria adstrita à idéia de reserva do possível, sendo considerado um direito subjetivo definitivo a prestações. Seria, portanto, algo de menor abrangência que os direitos sociais, sendo esses, apenas um direito subjetivo *prima facie*.<sup>312</sup>

Outro defensor desse pensamento no Brasil é Ricardo Lobo Torres, o qual estabelece a idéia de “mínimo existencial” partindo da distinção entre *status positivus libertatis* e *status positivus socialis*. O primeiro diria respeito ao referido ‘mínimo existencial’ e o segundo aos direitos sociais. Por sua vez, o ‘mínimo social’ intentaria evitar a pobreza absoluta, constituir-se-ia em direito público subjetivo dos cidadãos e teria como exemplos “*a entrega de bens públicos (roupas, remédios, alimentos, etc.), especialmente em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite, etc.), independentemente de qualquer pagamento*”<sup>313</sup>. Quanto aos direitos sociais, esses seriam tratados de forma distinta, de modo a estarem dependentes das condições econômicas por que passa o país para poderem ser implementados.

No que tange ao controle jurisdicional das políticas atinentes ao ‘mínimo existencial’, tal seria possível uma vez configurar-se em direito subjetivo dos indivíduos; já os meios implementadores de direitos sociais estariam adstritos à discricionariedade administrativa, à reserva do possível e, conseqüentemente, não seriam passíveis de controle jurisdicional.

Em que pese esta distinção enquadrar os medicamentos no conjunto de elementos que se constituem direitos subjetivos do cidadão, tal pensamento não pode ser adotado em

---

<sup>312</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, a.1, v. 1, n. 1, abril/2001, p. 37.

<sup>313</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Op. Cit.*, p. 264.



face da força normativa das normas constitucionais e, conseqüentemente, das normas definidoras de direitos fundamentais, bem como em face da possibilidade de tutela jurisdicional em face de atos dos poderes públicos que ensejem dano ou ameaça de dano a direitos e etc.

Sendo assim, muito mais do que um direito fundamental oriundo do princípio da dignidade humana com campo de significação menor do que o dos direitos sociais, o mínimo existencial constitui-se no maior elemento balizador da atividade administrativa e, conseqüentemente, no caso do fornecimento de medicamentos de dispensação excepcional aos cidadãos, bem como dos limites ao controle exercido pelo Judiciário em face das políticas públicas elaboradas pelo Executivo.

Há que se fazer, portanto, uma dissecação a respeito daquilo que é realmente necessário ao homem, de forma a não se constituir em atividade discricionária da Administração Pública fornecê-los ou não.

Em primeiro lugar, portanto, deve-se explicitar acerca da inadequação da expressão ‘mínimo existencial’. Assim o é posto que a palavra ‘mínimo’ implica na noção de ‘menor’, identificado com patamares que beiram a desproteção social, com a supressão de atendimento, nos termos em que prescreve a ideologia neoliberal<sup>314</sup>.

Adotando-se essa acepção, portanto, o mínimo existencial estaria servindo de “*lastro teórico para interpretar de forma constritiva a aplicação dos direitos sociais, esvaziando-os em amplitude e magnitude*”<sup>315</sup>.

Assim o é, pois, conforme foi dito anteriormente, a doutrina neoliberal entende que o Estado Social deve extinguir-se, bem como que as políticas que buscam realizar a justiça social distributiva são sempre encaradas como um atentado contra a liberdade individual<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades Humanas: Subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 26.

<sup>315</sup> FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 199.

<sup>316</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. *Op. Cit.*, p. 38.

Deve-se falar, então, em necessidades básicas, em que a palavra ‘básica’ indica ser algo que serve de base de sustentação para algo maior, constitui-se na mola propulsora da satisfação social, implica na otimização do que já existe<sup>317</sup>.

Aqui não está tratando-se o ‘ótimo’ como ‘máximo’, posto que este se constitui numa busca constante, mas sim como a perseguição de algo mais elevado do que o atual.

De um modo geral, o ‘ótimo’ consistiria na garantia de alimentos, saúde, educação, moradia, segurança, lazer, tudo na medida de proporcionar uma vida digna aos indivíduos<sup>318</sup>.

Partindo então para as minúcias do que sejam necessidades básicas, deve-se dizer que estas são mais do que as simples necessidades naturais, vitais ou de sobrevivência do homem. Se assim fosse aceito pacificamente, essas em nada difeririam das necessidades animais, não sendo exigido para sua consecução nada mais que o mínimo existencial, condizente com a ideologia liberal.

Em sendo assim, necessidades básicas devem apenas conter em sua integralidade a idéia de necessidades naturais, mas não apenas isso. Devem dizer respeito à satisfação das necessidades propriamente humanas, alicerçadas na consciência de liberdade material.

Aqui se deve fazer outra consideração no sentido de mencionar que o termo ‘necessidades básicas’ no contexto acima construído não se confunde com as preferências, com os desejos humanos. Assim o é uma vez que a não satisfação de um desejo pode até trazer uma insatisfação psicológica, mas não impedirá o indivíduo que teve o seu desejo não atendido de participar da sociedade em que está inserido. Ainda, o impacto da não satisfação de um desejo varia de pessoa para pessoa, sendo, portanto, algo bastante relativo e particularista<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> PEREIRA, Potyara A. P. *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>318</sup> FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 199.

<sup>319</sup> PEREIRA, Potyara A. P. *Op. Cit.*, p. 68.

Em contrário, as necessidades básicas do ser humano são objetivas, já que independem das preferências de cada um, bem como universais, vez que a sua não satisfação acarreta o mesmo efeito para todos<sup>320</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio, Doyal e Gough, sendo citados por Pereira, aduzem que apenas existem dois tipos de necessidades básicas: saúde física e autonomia<sup>321</sup>. A primeira tem sua razão de ser no fato de que sem saúde os seres humanos estão impedidos de viver. No entanto, saúde física deve ser entendida focando o seu conteúdo humano-social, de modo que se diferencie das necessidades apenas naturais acima mencionadas.

Por outro lado, autonomia implica na capacidade que o homem deve ter para eleger seus objetivos e crenças, valorá-los e sentir-se responsável por suas decisões<sup>322</sup>.

Partindo desse ponto, Doyal e Gough afirmam que existe um conjunto de características as quais podem contribuir para implementar uma melhoria na saúde física e na autonomia do homem<sup>323</sup>, sendo elas: a) alimentação nutritiva e água potável; b) habitação adequada; c) ambiente de trabalho desprovido de risco; d) ambiente físico saudável; e) cuidados de saúde apropriados; f) proteção à infância; g) relações primárias significativas; h) segurança física; i) segurança econômica; j) educação apropriada; e, por fim: l) segurança no planejamento familiar, na gestão e no parto.

No que diz respeito aos ‘cuidados de saúde apropriados’, uma vez ser esse o foco do presente trabalho, os autores mencionam que “*a cura e um tratamento efetivo permanecem como aspectos essenciais dentro de qualquer sistema de atenção médica*”. Em sendo assim, deve-se colocar a serviço de todos, independentemente da classe social a que pertence o

---

<sup>320</sup> *Idem. Ibidem*, p. 68.

<sup>321</sup> *Idem. Ibidem*, p. 68.

<sup>322</sup> *Idem. Ibidem*, p. 71.

<sup>323</sup> *Idem. Ibidem*, p. 76.

necessitado, a alta tecnologia e recursos de ultima geração existente no campo da medicina curativa<sup>324</sup>.

Mais uma vez, consoante se disse no capítulo 2 do presente trabalho, os direitos fundamentais possuem um núcleo duro, o qual não pode ser ultrajado pelo Estado sob pena de negação do próprio direito, caso haja conflito entre direitos fundamentais ou, ainda, necessidade de escolher proteger mais um direito do que outro.

Esse ‘núcleo duro’ é o que se pode conceber, no momento, de mínimo existencial e que deve, necessariamente, ser assegurado pelo Estado, independentemente de questões orçamentárias.

Com base nisto, tem-se que o conteúdo do termo ‘necessidades básicas’ agora exposto, associado ao que se entende por direitos fundamentais, serve de elemento balizador da atividade governamental, de forma a implicar na impossibilidade de fixação dos remédios a serem oferecidos para o tratamento de determinada enfermidade. Vê-se que não existe aí espaço para atividade livremente discricionária por parte do Executivo: o seu limite esbarra na necessidade de satisfação das necessidades básicas dos indivíduos.

Nesse sentido posicionou-se o STF, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF número 45. O ministro Celso de Mello, relator do caso, asseverou a impossibilidade de omissão do Estado na garantia das “*condições materiais mínimas de existência digna, cuja violação autoriza a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado*”<sup>325</sup>.

Observando, por sua vez, o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, vê-se que o mesmo não direciona atenção ao mínimo existencial, uma vez que ao fornecer medicamentos que não mais podem levar ao tratamento real de determinadas

---

<sup>324</sup> *Idem. Ibidem*, p. 79.

<sup>325</sup> STF. DJU 04/05/2004. ADPF nº 45 MC/ DF. Relator Ministro Celso de Mello.

doenças, não confere aos indivíduos a garantia das necessidades básicas para uma vida com saúde e, por conseguinte, não efetiva o direito fundamental à saúde mencionado pela Constituição de 1988.

E mais, conforme dito em diversos momentos anteriores, o Estado brasileiro está pautado pelo desenvolvimento, seja ele entendido como direito ou apenas como o conteúdo material do próprio direito. Dessa forma, a garantia da melhoria da qualidade de vida das pessoas deve ser observada, sendo a possibilidade da vivência da saúde o caminho, como também o fim desse círculo, o qual conforma os direitos fundamentais.

Em sendo assim, considerando que o Estado não pode furtar-se de implementar os direitos reconhecidos constitucionalmente, em havendo políticas públicas que não os concretizem, como é o caso do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, é dever do Judiciário controlá-lo, sendo a questão do mínimo existencial um ponto favorável à adoção dessa conduta e não contrário, consoante apregoam juristas defensores dos ideais oriundos do Estado Liberal.

#### 6.4 OS CAMINHOS PELOS QUAIS O JUDICIÁRIO PODE EFETUAR O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DAS AÇÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

Conforme se viu, de acordo com o art. 196 da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde deve ser garantido por meio da realização de políticas sociais e econômicas, ou seja, através da famigerada política pública.

Comprovou-se também que o Poder Judiciário pode realizar o controle de tais políticas. No entanto, a última questão do presente estudo, foca-se no modo como deve dar-se

esse controle: deve-se utilizar ações coletivas ou o controle pode dar-se por meio de ações individuais?

Tomemos inicialmente como parâmetro uma política pública a qual em seu aspecto ideal pode concretizar eficientemente determinado direito. Imaginemos que o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional contivesse uma lista com os mais modernos medicamentos existentes, contudo, no mundo fático, não fornecesse tais medicamentos a todos que deles precisassem.

Nesse caso, em função do direito ao desenvolvimento, do direito de acesso a políticas públicas eficientes, o cidadão isoladamente possui claramente a faculdade de ajuizar ação individual buscando aquele medicamento a que faz jus. Em função da concretização do direito social à saúde por meio da política pública competente para determinado caso, surge de forma reflexa um direito individual subjetivo, portanto.

Em contrário, tomemos o real Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional: tem-se que o mesmo é ineficiente e que a deficiência dessa política pública repousa no fato de a mesma ter como cerne uma lista taxativa dos medicamentos os quais poderão ser fornecidos gratuitamente à população, estando esses, muitas vezes, com sua eficácia farmacológica ultrapassada. É necessário, então, exercer um eficiente controle sobre ele.

Mas o que é controlar uma política pública? Nada mais é do que ajustá-la aos ditames constitucionais, de modo a torná-la realmente eficiente. No caso do presente trabalho não basta fornecer medicamentos, tem que fornecer os remédios que realmente possam levar o indivíduo a seu estado de saúde física inicial.

Em resumo, controlar o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional implica na inclusão de medicamentos novos e de eficácia farmacológica comprovada e, por outro lado, na exclusão/substituição dos que já não mais fornecem tratamento adequado para

determinada doença, ou mesmo na modificação dos meios de inclusão/substituição dos mencionados fármacos.

Por conseguinte, um controle efetivo, real, apenas acontece por meio de ações coletivas, através das quais a política é modificada e a sua nova estrutura vai ser de acesso para todos os cidadãos brasileiros. Em outras palavras, o Judiciário poderá revisar a lista de medicamentos conformadora do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, determinando a inclusão ou exclusão de determinado medicamento<sup>326</sup>.

É verdade partir-se do princípio que o Executivo, ao elaborar tal lista, levou em consideração as condições da medicina então vigentes, da eficácia dos medicamentos existentes, das condições financeiras do Estado e etc. No entanto, como o processo de atualização escolhido configura-se lento, pode o Judiciário intervir, de modo a atualizar a famigerada lista a contento e, assim, efetivar o direito constitucional à saúde.

Sendo o controle realizado por meio de ações coletivas, além de observar o princípio geral da igualdade e o da universalidade, específico da seguridade social, possibilita um exame do contexto geral, da relação corrente entre a medicina e a política pública formulada pelo Executivo.

Ademais, possibilita que, por meio de uma decisão com efeito *erga omnes*, o Executivo possa se reorganizar, inclusive financeiramente, de modo a poder estruturar as suas funções com mais eficiência<sup>327</sup>.

Vale salientar que no caso da inclusão de novos medicamentos na lista em comento, o Judiciário apenas pode fazê-lo, no caso desses medicamentos possuírem eficácia comprovada. Conforme se viu, a efetividade do direito à saúde também engloba atos estatais que protejam o cidadão de medicamentos duvidosos.

---

<sup>326</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 30. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Último acesso em: 12 de julho de 2008.

<sup>327</sup> *Idem. Ibidem*, p. 31.

Um exemplo do afirmado está no caso do interferon, substância utilizada no tratamento da hepatite. Consoante se disse no Capítulo 4 do presente trabalho, o interferon perguilado é mais eficaz no tratamento da Hepatite tipo C do que o interferon comum.

Ocorre que anos atrás a eficácia do mesmo ainda não estava comprovada. Por tal motivo, o Superior Tribunal de Justiça<sup>328</sup> suspendeu liminar em ação civil pública que obrigava o Estado a distribuir interferon perguilado ao invés do interferon comum, argumentando que aquele não possuía eficácia comprovada. O Judiciário não poderia conduzir seu pensamento fundamentando-se, apenas, em casos isolados de eficácia do tratamento. Vê-se aqui o critério ‘eficácia do medicamento’ balizando a atividade Judiciária.

Um outro ponto a ser observado quando do controle a ser realizado nos termos aqui explicitados é o fato de o Judiciário dever privilegiar, sempre que possível, medicamentos disponíveis no mercado nacional, além dos que apresentem menor custo para os cofres públicos.

Ampliando o campo de análise para além do caso específico do presente trabalho, tem-se que a maioria dos direitos sociais são implementados por meio de ações coletivas, as quais apenas podem ter seus resultados aferidos a médio e longo prazo. Assim se diz, pois tais direitos necessitam de um cronograma de planejamento relativamente largo, de modo que para saber se a Administração Pública vem obtendo resultados eficientes e progressivos com suas políticas, é necessário analisar-se dados presentes, comparando-os com números passados<sup>329</sup>.

Em conseqüência, para que se dê o controle efetivo das políticas públicas vai fazer-se necessário que o mesmo seja encabeçado pelo Ministério Público e demais legitimados e

---

<sup>328</sup> STJ. DJU 05/04/2004. AgRg-Pet 1996/SP. Relator Ministro Nilson Naves.

<sup>329</sup> COURTIS, Christian. *Op. Cit.*, p. 202-203.



impetrar ações coletivas, uma vez que esses terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos<sup>330</sup>.

No caso do fornecimento de medicamentos, por exemplo, seria possível juntar dados mais concretos acerca da existência de medicamentos mais eficientes na cura de determinadas doenças, bem como da necessidade adstrita à circunscrição da entidade, aliada à quantidade de recursos financeiros realmente disponíveis.

Para melhor ilustrar a possibilidade de controle de políticas públicas por parte do Judiciário mediante ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público, tem-se a Ação Civil Pública, de registro cronológico número 001.07.208699-9, a qual tramita na 2ª Vara da Fazenda Pública, Comarca de Natal, Estado do Rio Grande do Norte.

Por meio dessa ação, o Ministério Público informou ao Judiciário que o Executivo não está fornecendo para os portadores do Mal de Alzheimer a substância denominada ‘rivastigmina’<sup>331</sup>. Em face disso, requereu que o medicamento fosse fornecido gratuitamente aos pacientes do Sistema Único de Saúde, enquanto perdurarem as prescrições médicas, sob pena de multa a ser arbitrada.

Em decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau restou decidido ser dever de o Estado fornecer o medicamento pleiteado pelo *Parquet*. Segundo a MM. Juíza da causa, o próprio art. 196 da nossa Constituição, por si só, já serviria de fundamento para a sua decisão.

Assim deve acontecer, pois o aludido artigo, ao falar de saúde enquanto ‘dever do Estado’, não utiliza tal termo de maneira restrita, referindo-se, apenas, ao Poder Executivo. Faz menção, na verdade, ao Estado enquanto o todo representado pelos três poderes, sendo dever da totalidade efetivar o direito à saúde.

---

<sup>330</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 30.

<sup>331</sup> Conforme se viu no ponto 4.2 do presente trabalho, a rivastigmina é substância a qual se encontra inclusa na atual lista do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Todavia, sendo o posicionamento aqui adotado o de que pode (e deve) haver o controle da política em comento para o caso de manter a mencionada lista atualizada consoante os avanços da medicina, por obvio que o controle realizado de modo a tornar o que já existe eficiente também deve ser possível.

Ademais, quanto à suposta ausência de eficácia do art. 196, restou esclarecido que a Constituição da República, com sua força normativa, deve influir na realidade, impondo a realização de tarefas. Nesse sentido, o dever da Administração Pública de fornecer medicamentos necessários à população não deve sofrer entraves, dentre os quais o de ausência de previsão orçamentária.

Em contrário, consoante o pensamento da Magistrada, o princípio da legalidade orçamentária não existe com o condão de tornar os direitos fundamentais inefetivos, mas sim de efetivá-los, uma vez que é através das leis orçamentárias que o Poder Executivo traça suas metas administrativas, ao mesmo tempo em que esclarece ao cidadão como o dinheiro público será investido.

Feitas essas considerações, a Magistrada julgou procedente o pedido contido na inicial oferecida pelo Ministério Público, para condenar o Estado do Rio Grande do Norte a restabelecer o fornecimento do medicamento Rivastigmina, previsto na Portaria do Ministério da Saúde nº 2.577/2006, aos portadores da Doença de Alzheimer norterio-grandenses, quando houver prescrição do profissional médico acompanhante do paciente requerente, como forma de manter a continuidade do tratamento.

Tomando essa decisão como exemplo, vê-se sendo adotado na prática todo o posicionamento defendido por meio do presente trabalho.

Noutro giro, têm-se os casos em que os cidadãos procuram isoladamente o Judiciário em busca do medicamento prescrito pelo médico e que não se encontra na lista do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional. E nessas situações, pode o Judiciário exarar decisão a qual mande o Executivo fornecer o medicamento necessário àquele indivíduo?

A bem da verdade é comum que os juízes sejam guiados pelo intuito de solucionar os casos concretos sem levar em consideração questões maiores. Tanto é que, não raras vezes,

tem sido garantido o fornecimento de medicamentos em casos isolados. Ganha campo o entendimento de que o disposto no artigo 196, da Constituição Federal, apesar de se tratar de uma norma do tipo programática nos termos da classificação exposta por José Afonso da Silva, possui normatividade bastante para servir como dado objetivo do qual se subtrai um dever jurídico do Estado nos termos do artigo 5º, § 1º da nossa Constituição.

Nesse sentido, é o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual

*“principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça<sup>332</sup>”.*

Nessa esteira de pensamento encontra-se a decisão proferida nos autos do RE-AgR 271286/RS<sup>333</sup>, em que se analisou o dever do Município de Porto Alegre/RS, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, de fornecer medicamentos em geral para o tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA a cidadãos que deles necessitassem e fossem desprovidos de recursos financeiros para adquiri-lo e, em específico, para a autora da ação.

Nos fundamentos da decisão o direito à saúde foi considerado um direito público subjetivo de caráter indisponível, de modo a caber ao Poder Público implementar políticas públicas as quais visassem fornecer os medicamentos necessários à população. Por via de conseqüência, o caráter programático do art. 196 da nossa Constituição não pode transformá-lo em promessa inconstitucional feita por parte do Estado. Não basta, portanto, o reconhecimento constitucional de um direito. Deve-se criar condições para que o mesmo torne-se efetivo.

---

<sup>332</sup> 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 – Centro de Atualização Jurídica, nº 10, 2002, p. 05-06.

<sup>333</sup> STF, DJU de 24.12.2000, RE-AgR nº 271286/RS, Relator Ministro Celso de Melo.

Ademais, ao direito à saúde foi concebido a qualidade de prerrogativa jurídica em função da qual decorre o poder jurídico do cidadão de exigir a implementação de políticas públicas capazes de conferir-lhe efetividade. Em consequência, é permitido ao Judiciário atuar nas hipóteses em que a Administração Pública, por omissão ou por comportamento desviante, desrespeitar o art. 196 da Constituição.

Cumprindo o raciocínio, ao direito a saúde foi conferida primazia em relação ao interesse financeiro do Estado. Desse modo, dada a indisponibilidade de tal direito, a necessidade de licitação e de previsão orçamentária seria dispensada no tocante à necessidade de compra de medicamentos.

Ocorre que o direito à saúde, analisado do ponto de vista jurídico, mesmo estando reconhecido em sede do art. 196 da Constituição Federal e apresentando um grau de normatividade bastante elevada, não é um direito individual, mas sim um direito social o qual deve necessariamente ser concretizado em favor de todos e pelo meio da política pública.

É certo ser dever de o Estado formular a política pública necessária para cada situação. Não o fazendo, surge o direito de pugnar pela realização de uma política pública eficiente, por meio de uma ação coletiva impetrada por quem de direito. Mostra-se sensato reconhecer ser dever da Administração Pública implementá-la, mas também que na falta dela pode o Judiciário fornecer a medida pugnada pelo indivíduo.

Além do argumento jurídico, existe também um argumento econômico contrário à garantia de um direito social a um indivíduo isoladamente. Fala-se em argumento econômico, pois a aplicação das normas jurídicas implica em consequências econômicas na realidade humana<sup>334</sup>.

---

<sup>334</sup> ALBUQUERQUE, José Luiz Singi. *Introdução ao estudo da análise econômica do Direito*. Revista Eletrônica –Virtuajus. Belo Horizonte, a. 5, n. 1, jul/2006, p. 7.

A análise econômica do Direito pode ser feita em duas vertentes: a) positiva, a qual tentar observar e prever a realidade em função da economia e b) normativa, a qual tentar observar como o sistema jurídico pode estimular a sociedade em função da economia<sup>335</sup>.

A necessidade desse tipo de análise teve origem com o movimento 'Direito e Economia' originado nos Estados Unidos na década de 70 do séc. XX, tendo como maior expoente Richard Posner. Embora dividido em alguns grupos, o mencionado movimento comunga de algumas premissas.

Desenvolvendo um raciocínio lógico, a primeira delas é a da maximização racional das necessidades humanas. Em outras palavras, os indivíduos seriam dotados de uma tamanha capacidade racional, o que os tornaria capazes de verificar o que lhes proporciona maior utilidade sem se deixar levar pelo lado emocional, ou seja, de escolher analisando o custo-benefício do produto de suas escolhas<sup>336</sup>.

A segunda se funda no fato de que o parâmetro utilizado para balizar suas escolhas seria o incentivo de preços<sup>337</sup>. Explicando a afirmação com base em um exemplo jurídico, tem-se que um cidadão apenas respeitará o sinal vermelho do semáforo se a multa aplicada com a ocorrência da infração for superior aos benefícios advindos com o cometimento do ilícito. A norma estabeleceu o preço, deixando a cargo de o indivíduo valorar a utilidade de se cometer a infração tendo como elemento comparativo os custos oriundos dessa prática.

Assim, segundo Posner, nesse ponto, caberia ao Direito editar normas que estabeleçam uma equivalência entre o comportamento ilícito e a sanção a ser aplicada no caso

---

<sup>335</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. *Curso de Law and Economics*, p. 21. Disponível em: <http://www.iadb.org/res/laresnetwork/projects/pr251finaldraft.pdf>. Último acesso em 23 de agosto de 2008.

<sup>336</sup> *Idem. Ibidem*, p. 22.

<sup>337</sup> *Idem. Ibidem*, p. 23.

de sua concretização. Do contrário, sendo o custo da infração menor que os benefícios dela, certamente os homens iriam tender a descumprir o Direito<sup>338</sup>.

As normas jurídicas, portanto, deveriam ser eficientes economicamente, salientado que, neste caso, eficiência deve ser considerada também como a maximização da riqueza: o Direito deve incentivar a escolha individual mais benéfica individualmente, pois a soma das satisfações individuais quando somadas terminarão por gerar a satisfação coletiva<sup>339</sup>.

Ocorre que nem sempre essa racionalidade exacerbada existente nas escolhas realizadas pelos indivíduos acontece, uma vez que o comportamento humano também é norteado por outros parâmetros não tão lógicos<sup>340</sup>.

Desta feita, em evolução às idéias de Posner, outros pesquisadores propuseram novas formas se analisar o Direito sob a ótica da Economia e um deles foi Steven Shavell. Comparando-se as idéias defendidas por ambos os juristas, a distinção entre elas repousaria no fato de que Shavell adota o critério de bem-estar social em oposição ao do custo-benefício das escolhas fundados na famigerada racionalidade exacerbada proposto por Posner.

De forma mais clara, Shavell, em seu trabalho denominado 'Welfare economics and Morality', partindo da análise do 'welfare economics' a avaliação de uma situação social deve ser feita a partir de dois elementos: em primeiro lugar, da análise do bem-estar de cada indivíduo que compõe a sociedade e, em segundo, da análise do bem-estar do conjunto desses indivíduos<sup>341</sup>.

Em relação ao bem-estar de cada um, a utilidade de cada um é a medida a ser usada, incluindo aí uma gama de fatores como preferências econômicas, morais, sentimentais e

---

<sup>338</sup> FERREIRA, Camila Duran [et al]. *O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: O caso AIDS*, p. 29. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sobreipea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc>. Acesso em: 10 de agosto de 2008.

<sup>339</sup> *Idem. Ibidem*, p. 30-31.

<sup>340</sup> Amartia Sen. *Desenvolvimento como Liberdade*, p. 72 e ss.

<sup>341</sup> SHAVELL, Steven. *Welfare Economics, Morality and the Law*. Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Discussion Paper 409, Discussion Paper Series, 2003, p. 5.

etc.<sup>342</sup>. Conforme se disse, a mudança de parâmetro deu-se haja vista que a racionalidade inerente à idéia de custo-benefício dificilmente seria alcançada na prática. Por sua vez, o bem-estar inerente ao conjunto dos indivíduos seria baseado na concretização do bem-estar de todos os indivíduos<sup>343</sup>.

Em razão dessas duas premissas, a distribuição de renda é ponto fundamental para o bem-estar social, uma vez que a mesma afeta a distribuição de utilidades de forma conseqüente<sup>344</sup>.

Dessa maneira, o deferimento de pleitos individuais dado pelo Poder Judiciário a questões que envolvem direitos de natureza social termina por não propiciar uma correta distribuição da verba pública e, conseqüentemente, o bem-estar social, uma vez que o bem-estar de um não implica no bem-estar de todos.

Em sendo assim, programas tal como o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, os quais poderiam contar com um planejamento financeiro que viesse a torná-los eficientes, caso houvesse decisão favorável nesse sentido, ou mesmo o uso do bom-senso por parte da Administração, vêm comprometido o futuro em que poderiam ser realizados de forma a atender aos objetivos que os deram origem.

E mais, outras tantas novas políticas também correm o risco de já nascerem ineficientes ante a necessidade de se dar uma resposta à sociedade, mas diante da impossibilidade de contar com uma maior quantidade de recursos, haja vista a quantidade desses que são despendidos em prol de indivíduos determinados.

Dados oriundos da Justiça gaúcha mencionam que existe, só lá, mais de 20 mil ações envolvendo medicamentos de todo o gênero, bem como que só no ano de 2006 o valor das

---

<sup>342</sup> *Idem. Ibidem*, p. 5.

<sup>343</sup> *Idem. Ibidem*, p. 6.

<sup>344</sup> *Idem. Ibidem*, p. 42 e ss.

ordens judiciais somava mais de US\$ 13 milhões, o que correspondia, à época, a 25% do orçamento da Secretaria Municipal de Saúde do Rio Grande do Sul<sup>345</sup>.

Ademais, como se viu, ao Judiciário é permitido interferir na atividade do Executivo apenas com o intuito de controlar determina política pública, intentando torná-la eficiente. No entanto, ao fornecer determinado medicamento fora da lista para apenas indivíduos isolados, a política não estaria sendo controlada. Em contrário, continuaria existindo nos mesmos termos, continuaria sendo ineficiente.

Outro argumento trazido à baila contrário à possibilidade de o Judiciário fornecer medicamentos em casos individuais é o de que os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir, preferencialmente por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento (tendo como parâmetro, é claro, a essência da Constituição formulada pelo Constituinte).

A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. Nessa linha de pensamento, a decisão judicial que determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão para uma única pessoa enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos<sup>346</sup>.

Ainda, em os juízes adotando postura contrária, restaria quebrado o princípio da isonomia. É verdade que em sendo notória a existência de desigualdades entre as pessoas, estas devem ser tratadas de maneira desigual de forma que se reestabeleça a igualdade entre as mesmas. No caso, tratando cada um de forma desigual procura-se que esses possam desfrutar

---

<sup>345</sup> Dados publicados no Jornal Valor Econômico do dia 12/02/2007.

<sup>346</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 29.



dos seus direitos de forma igual. Então esse tratamento seria na verdade proporcional. Isto é, ao privilegiar o mais desprovido há o intento de equipará-lo com o mais privilegiado para assim atingir uma igualdade geométrica. Enxergar esse fato e a partir dele construir direitos e deveres é o que se chama de Discriminação Positiva<sup>347</sup>, que nada mais é de que a aplicação da noção de justiça Aristotélica em que se devem tratar os iguais de maneira igual e os de desiguais de forma desigual.

No entanto, mandar que o Executivo forneça determinado medicamento o qual se encontra fora da lista previamente elaborada não se constitui na realização de uma discriminação positiva.

Em contrário, estar-se-ia implementando a desigualdade social, na medida em que trata iguais de forma desigual: são inúmeras as pessoas que têm prescritas para o seu uso medicamentos que se encontram fora da aludida lista. Portanto, fornecer o medicamento para uma e não para todas é uma forma de se praticar a desigualdade.

A desigualdade ainda agrava-se no momento em que apenas as pessoas com melhores condições financeiras de vida, na maioria dos casos, é que têm noção da possibilidade de se ingressar junto ao Judiciário, intentando o fornecimento de determinado medicamento por parte do Estado.

A título ilustrativo, a mesma situação é a que se vê quando um indivíduo requer a realização de cirurgia ou de exame médico desrespeitando a fila já existente. O indivíduo isoladamente não tem condições de aferir que o caso dele é mais urgente que o dos demais que estão a sua frente na fila. Desta feita, conceder-lhe a realização de ato que supra a sua necessidade em antecipação aos demais nada mais é do que uma cruel forma de discriminação positiva.

---

<sup>347</sup> RABENHORST, Eduardo. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 105-109.

Diferentemente aconteceria se um indivíduo procurasse o Ministério Público da circunscrição ao qual está adstrito tentando que esse ajuizasse ação competente tentando tornar o serviço público de saúde célere o bastante de forma a poder atender as necessidades dos cidadãos.

Dando continuidade, aqui também deve ser corroborado o exposto anteriormente: não cabe ao particular escolher que medicamento deverá ser-lhe fornecido pelo Estado, mas sim a esse, com base em estudos científicos e financeiros, determinar quais medicamentos farão parte da lista em análise.

Por sua vez, quando se fala em Estado, deve ser subentendido o conjunto formado pelos três poderes, ou seja, cabe ao Executivo especificar os medicamentos quando da análise da lista e, também, ao Judiciário controlar a política pública quando provocado por quem de direito.

Por tais motivos é que o art. 196 da Constituição de 1988 apresenta a referida redação: o seu objetivo é assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário.

Nesse sentido foi a decisão da Ministra Ellen Grace ao analisar a SS 3073/RN<sup>348</sup> Ao decidir a situação, a referida Ministra argumentou que o art. 196 da Constituição da República vigente determina que o direito à saúde seja efetivado por meio de políticas públicas com o intuito de se atingir o maior número possível de indivíduos.

Desse modo, fornecer medicamentos específicos para uma única pessoa implicaria na possibilidade de prejudicar o fornecimento de serviços básicos de saúde ao restante da população, o que terminaria por inviabilizar o sistema público de saúde.

---

<sup>348</sup> STF, DJU 14/02/2007, SS 3.073/RN, Relatora Ministra Ellen Gracie.

Uma vez que a nossa Constituição atual adotou o modelo ativo de Estado, torna-se inadmissível pensar o cidadão como detentor da possibilidade de buscar individualmente direitos sociais. Tal atitude vai de encontro à premissa maior do Estado ativo, qual seja ela, o dever de correspondência entre interesses sociais e interesses estatais<sup>349</sup>.

Portanto, o Estado, ao não fornecer determinado medicamento, não estaria deixando de prestar os serviços de saúde determinado pela Constituição, uma vez existir o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

Desse modo, o deferimento de pedido formulado individualmente no sentido de mandar o Estado fornecer medicamento diverso dos constantes na lista elaborada pelo Executivo não encontra respaldo no art. 196 da nossa Constituição.

---

<sup>349</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. Cit.*, p. 376.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há mais como se discutir acerca da eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais de caráter prestacional. É dever certo de o Estado materializar os atos necessários para que os indivíduos usufruam desses direitos. O problema, na verdade, repousa sobre a efetividade dos mesmos, uma vez que as normas definidoras dos ditos direitos implicam na tomada de atitudes positivas do Estado em prol da sua concretização.

Visto isso, é preciso admitir-se que diante das necessidades do homem, direitos vão sendo reconhecidos e agregados ao patrimônio jurídico desse. Assim aconteceu com os direitos sociais, os quais foram reconhecidos com o intuito de garantir a igualdade material, a qual não era possibilitada pelos direitos de primeira dimensão.

Assim também aconteceu com o direito ao desenvolvimento, o qual foi agregado ao patrimônio jurídico dos homens, tendo em vista a impossibilidade anterior existente de exigir do Estado que levasse a termo as prestações positivas necessárias, impossibilidade essa a qual o indivíduo via bater a sua frente. Por tal motivo surgiu o direito em comento enquanto direito de acesso às políticas públicas eficientes de implementação dos direitos sociais.

Aqui deve ser feita menção de que não basta existir uma política pública. Essa, além de existir, deve atender às diretrizes impostas pela Constituição e, conseqüentemente, às reais necessidades dos indivíduos.

Desta feita, ainda que determinado direito torne-se aparentemente efetivo por meio da criação de determinada política pública, em atenção ao direito ao desenvolvimento, a predita política deverá ser considerada eficiente, cumprindo os fins aos quais se destinou.

No caso do direito à saúde, uma parcela do mesmo tornou-se efetivada quando da criação do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Contudo, conforme se viu, a mesma não fornece os medicamentos mais indicados para o tratamento do Mal de

Alzheimer e da Hepatite C, doenças escolhidas para ilustrar o presente trabalho. Tal fato implica na disseminação de casos em que remédios são fornecidos com o intuito de amenizar os efeitos da doença ou de curá-la, mas não alcançam esses objetivos.

Por seu turno, de acordo com os graus de eficiência trazidos à baila, viu-se que o Estado possui condições técnicas para ter conhecimento acerca dos medicamentos mais indicados e, ainda que não possua no presente momento condições financeiras para proceder à atualização da lista cerne do programa, não apresenta nenhum planejamento econômico plausível a fim de modernizá-la. É patente, portanto, a ineficiência do programa objeto de análise do presente trabalho.

Em existindo uma política pública ineficiente, tal qual acontece com o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, há a necessidade de controlá-la. Ocorre que, conforme explanado, a Administração Pública, mesmo podendo rever os aspectos da política, não o faz, nem dá demonstrações de que pretende fazê-lo. Os mecanismos de modificação da lista de medicamentos continuam bastante dificultosos.

Por sua vez, o Poder Legislativo exerce um controle puramente formal acerca das políticas públicas: o objeto desse controle nada mais é do que a verificação da correta equiparação entre as receitas e despesas. Outra não pode ser a conclusão, portanto, que nos termos em que a possibilidade de controle está explicitada na Constituição Federal, o objeto da política, a eficiência da mesma não há como ser aferida.

Tem lugar, então, não só a inefetividade material da política, haja vista que embora ela exista, não é eficiente, bem como há a inefetividade formal e material do direito ao desenvolvimento, uma vez que aos cidadãos não está sendo garantido o acesso a políticas públicas que realmente supram as necessidades da população nem, tão pouco, que atendam aos objetivos constitucionais.

Em face disso, não há dúvidas quanto à necessidade, ou mesmo a possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas e, conseqüentemente, do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

O problema, na verdade, repousa na forma como esse controle será exercido, se por meio de ações coletivas ou ações individuais. Nosso pensamento caminha para a aceitação do controle coletivo do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

Só assim poderá, realmente, haver um controle que possa surtir efeitos que atinjam todos interessados, e mais, só assim será permitido ao Executivo ter um prazo para planejar o seu orçamento futuro e adaptar a sua realidade financeira às exigências sociais garantidas por meio de um Judiciário atuante. Vale salientar que um Judiciário dotado dessa característica é aquele que toma as suas decisões com o intuito de assegurar o cumprimento da Constituição, tendo ela mesma como o seu limite interpretativo e aplicativo, e não o que atua sem contornos precisos.

Ademais, nesse caso não se está falando diretamente em um direito ao replanejamento, mas simplesmente em um direito ao acesso a políticas públicas adequadas, que atendam às necessidades dos indivíduos e cumpram os objetivos constitucionais, o que termina por concretizar, também, o direito social respectivo. Apenas em conseqüência decorre o replanejamento, o qual é necessário para adequar a política vigente, no presente caso de estudo do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, para o que realmente se espera e se quis com a sua criação.

Em contrário, por meio das ações individuais, obviamente, as decisões não terão efeito *erga omnes*, de modo que não poderá se falar no controle do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional e nem de qualquer outro tipo de política pública existente com o intuito de concretizar determinado direito social.

E mais, um problema maior estar-se-á sendo criando. A sentença que confere os medicamentos necessários ao tratamento da Hepatite C, por exemplo, a um único cidadão, implica em “*aumento de custo para o Erário, obrigando ao Estado o reconhecimento de um direito não previsto originalmente no orçamento público*”<sup>350</sup>.

Em conseqüência, uma vez que teve que desembolsar, de forma imediata, determinado valor em prol de uma única pessoa, ocorre a diminuição da capacidade de organização do Estado, de planejamento financeiro por parte do mesmo.

Ainda, o dinheiro que o Estado utiliza para tornar realidade determinada política pública advém das contribuições de toda a sociedade. Desse modo, uma sentença que confere algo que é direito de todos os indivíduos da sociedade para apenas um não está distribuindo de forma racional os recursos públicos.

Mesmo assim, são comuns, atualmente, decisões que concedem o medicamento solicitado pelo indivíduo, permeando o pensamento de que a saúde é um direito individual que pode ser gozado diretamente por cada um isoladamente, independente da implementação de uma política pública eficiente. “Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual”<sup>351</sup>.

Na verdade, o que termina exercendo influência nas decisões dos Magistrados é a sua consciência, o seu sentimento moral subjetivo. Não deve ser muito fácil analisar uma situação, constatar que o indivíduo necessita de determinado aparato estatal para continuar sobrevivendo e decidir que o direito almejado consubstancia-se num direito social e não em um direito de caráter individualista. Talvez seja melhor não carregar o sentimento de culpa advindo com uma decisão negativa em face do requerido pelo cidadão e deixar para que os tribunais superiores analisem a juridicidade do provimento.

---

<sup>350</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: TIMM, Luciano Benetti, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149.

<sup>351</sup> *Idem*. *Ibidem*, p. 164.

Contudo, as decisões proferidas deverão observar o Ordenamento Jurídico vigente, pondo esse sentimento de justiça, o qual permeia completamente o direito à vida, em contraponto ao próprio direito da igualdade, do qual decorre o modo de repartição dos ônus e bônus perante os encargos públicos. Posto ambos na balança será encontrado quem valha mais no caso em concreto.



## 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ALBUQUERQUE, José Luiz Singi. *Introdução ao estudo da análise econômica do Direito*. Revista Eletrônica –Virtuajus. Belo Horizonte, a. 5, n. 1, jul/2006. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf). Último acesso em 13 de abril de 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri, 2001.

ALMEIDA, Oswaldo P. *Tratamento da Doença de Alzheimer: Avaliação Crítica sobre o Uso de Anticolinesterásicos*. Arquivos de Neuro-Psiquiatria. São Paulo, v. 56, n. 3B, set/1998. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0004-282X1998000400029](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X1998000400029). Último acesso em 13 de abril de 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_, MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* In: TIMM, Luciano Benetti, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177&p=1>. Último acesso em 01 de agosto de 2008.

BALDASSARRE, Antonio. *Los derechos sociales*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 240, abr/jun. 2005.

BARRAL, Welber. *Direito e desenvolvimento: um modelo de análise*. In: BARRAL, Welber. *Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre direitos sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Último acesso em: 12 de julho de 2008.

\_\_\_\_\_. *O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 18. Disponível em:

[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf). Último acesso em: 27 de outubro de 2006.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais brasileiros*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 1, 1993.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e Desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOMHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONIFÁCIO, Arthur Cortez. *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Crescimento e Desenvolvimento Econômico*. Disponível em:

<http://www.bresserpereira.org.br/Papers/2007/07.22.CrescimentoDesenvolvimento.Junho19.2008.pdf>. Último acesso em 29 de junho de 2008.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento e Crise no Brasil: História, Economia e política de Getúlio Vargas a Lula*. 5ª ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 133, jan/jun, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1996.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas*. Revista dos Tribunais. São Paulo, a. 86, v. 737, mar/1997.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COURTIS, Christian. *Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social*. IN: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporânea*. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Camila Duran [et al]. *O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: O caso AIDS*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sobreipea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc>. Acesso em: 10 de agosto de 2008

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FORLENZA, Orestes V. *Tratamento Farmacológico da Doença de Alzheimer*. Revista de Psiquiatria Clínica. São Paulo v. 32, n. 3, mai/jun 2005. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rpc/v32n3/a06v32n3.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rpc/v32n3/a06v32n3.pdf). Último acesso em 13 de abril de 2008.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação Judicial da Discricionariedade no Regime Jurídico-administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *O “poder de polícia administrativa” e o primado dos direitos fundamentais no sistema brasileiro*. Scientia Iuridica – Tomo LIV, 2005. n.º. 301.

GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*. Juruá Editora: Curitiba, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

GOMES, Carlos Roberto de Miranda. *Manual de Direito Financeiro e Finanças*. Natal/RN, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Ricarddo. *Distinguendo. Estúdios de teoria y metateoría del derecho*. Traducción: Jordi Ferrer i Beltran. Barcelona, Espanha: Gedisa editorial, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre o princípio da proporcionalidade*. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HECK, Luís Afonso. *Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy*. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 36, n. 144, out./dez. 1999.

LOCATELLI, Liliana. *Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988*. In: BARRAL, Welber. *Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Em torno da Reserva do Possível*. In: TIMM, Luciano Benetti, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *A administração da Justiça no Estado Social*. In: BEDÊ, fayga Silveira, BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gerson Marques de. (Org.). *Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003.

MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos do Homem frente à diversidade de culturas*. Estudos avançados. São Paulo, v. 11, n. 30, 1997. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=en&nrm=iso)>. Último acesso em 27 de outubro 2006.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Bahia: Jus Podivum, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A reforma monetária de 1990: problemática jurídica da chamada “retenção dos ativos financeiros” (Lei n. 8.024, de 12/4/1990)*. In: MENDES, Gilmar

Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm). Último acesso em: 01 de agosto de 2008.

MENDONÇA, Fabiano André de Sousa. *Determinação da responsabilidade administrativa pelo princípio da eficiência*. Justilex, a.3, n. 26, fev/2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. T. IV.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. Campinas: Bookseller, 1998. V.1

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *A Jurisdição Constitucional e a Emenda Constitucional 45/04*. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v. 32, n. 98, jun/2005.

NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito*. In: TIMM, Luciano Benetti, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades Humanas: Subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Curso de Law and Economics*. Disponível em: <http://www.iadb.org/res/laresnetwork/projects/pr251finaldraft.pdf>. Último acesso em 23/08/2008.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos Direitos*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/flavia88.html>. Último acesso em 13 de maio de 2008.

RABENHORST, Eduardo. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SACHES, Ignacy. *Em busca de novas formas de desenvolvimento*. Estudos Avançados. São Paulo, v. 9, n. 25, set/dez 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v9n25/v9n25a04.pdf>. Último acesso em: 03 de julho de 2008.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. Revista del centro de estudios constitucionales. N. 22. set/dec 1995.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Políticas Públicas (econômicas) e controle*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 40, n. 158, abr/jun, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, 2002. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf). Último acesso em 17 de abril de 2008.

\_\_\_\_\_. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, a.1, v. 1, n. 1, abril/2001. Disponível em Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/p>. Último acesso em 17 de abril de 2008.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In: Daniel Sarmento; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: TIMM, Luciano Benetti, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao Social: A trajetória da saúde pública*. São Paulo: Senac São Paulo, 2002.

SEN, Amartya. *Direito como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHAVELL, Steven. *Welfare Economics, Morality and the Law*. Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Discussion Paper 409, Discussion Paper Series, 2003. Disponível em: [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/409.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/409.pdf). Último acesso em: 23/08/2008.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado: Possibilidades e Limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Lênio Luis. *Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais*. In: SCAFF, Fernando Facury. *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In: TIMM, Luciano Benetti, SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Quadro Atual e Perspectivas na Passagem do Século*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado3.html>. Último acesso em: 01 de agosto de 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no liminar do séc. XXI*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado4.html>. Último acesso em: 01 de agosto de 2008.



# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)