

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Daniela Fernanda Costa

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO EXPRESSÃO DO BEM
COMUM**

Em busca de parâmetros para a prestação racional do direito à saúde

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

**Porto Alegre
2008**

*Nasci pobre, como meus pais,
pobre de não ter mamadeiras nem chocalhos.
Minhas fraldas eram panos velhos que, atadas em nó,
seguraram minhas primeiras necessidades.*

*O leite que conheci – o único
veio do seio murcho de minha mãe,
para minha gula,
o cordão que me ligava à vida.*

*Cresci saudável, porém,
quase feliz.
Só não era feliz completamente por ambicionar sapatos e não tê-los,
andar descalço.*

*Um dia, observando com inveja um menino como eu,
de sapatos,
Vi logo adiante, mão estendida à caridade,
Um homem que não tinha pés.*

(Pés Descalços, de Fernando Alberto da Costa)

DEDICATÓRIA

A Deus, pela vida em todos os seus aspectos.

Ao meu pai, com quem aprendi o amor pelos livros, pelo magistério e pelo próximo.

À minha mãe, cujas palavras de sabedoria e incentivo me colocaram novamente no rumo da Universidade.

Ao meu marido, Leandro, e ao meu filho, Alexandre, meus amores, pelas incontáveis horas roubadas de seu convívio e pelo amor incondicional em cuja certeza busquei sempre serenidade e persistência para completar o desafio.

Ao Prof. Cezar, meu Orientador, pela gentileza e brilhantismo apaixonado de idéias que me inspira desde os tempos da graduação.

A todos os demais, familiares, amigos e colegas, que contribuíram de alguma forma para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto lançar uma perspectiva teleológica sobre os direitos sociais, concebidos como expressão do bem comum, valor informador que conduz a interpretação desses direitos à real consecução de suas finalidades sociais. Tendo por meta a análise da estrutura funcional dos direitos sociais em comparação com a eminentemente distinta dos direitos de liberdade, são apresentados os conceitos de dignidade da pessoa humana e de bem comum como fundamentos ontológico e teleológico do Estado Democrático de Direito nacional. Fixadas essas premissas, parte-se para a análise da questão envolvendo a eficácia dos direitos sociais como direitos da democracia e do direito conciliados e em equilíbrio, exigindo, para sua concretização na realidade social, o respeito dos atores constitucionais pelos papéis que cada um desempenha na realização desses direitos. Neste ponto, é conferido especial destaque ao nível da deliberação política, em virtude de sua quase asfixia, pelo direito, na realidade brasileira contemporânea dos direitos sociais. Como questão atinente à eficácia, é questionada a subsunção dos direitos sociais à fórmula tradicional dos direitos subjetivos, por incompatível com sua própria natureza e estrutura funcional, desembocando na análise crítica da chamada “judicialização” dos direitos sociais, enfocando o papel do Judiciário nesta concretização. Partindo-se das premissas assim estabelecidas, lança-se um olhar em direção ao direito social à saúde, em particular à tormentosa questão envolvendo o fornecimento de medicamentos pelos entes públicos e à intervenção judicial nesta seara, propondo-se a fixação de alguns parâmetros racionais hábeis a disciplinar a difícil convivência entre a satisfação do auto-interesse e os critérios de justiça social e de bem comum que informam a dispensação de fármacos pela Administração.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Bem Comum; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present paper aims at looking into the social rights through a teleological perspective, conceived as expression of common good, informative value that takes to the interpreting of such rights to the actual fulfillment of their social purposes. Comparing the analysis of the functional structure of the social rights with the eminently distinct of the freedom rights, the concepts of human dignity of the individual and the common good as being the ontological and teleological fundamentals of the national Democratic Constitutional State. Once established those premises, we embrace the analysis of the issue regarding the efficacy of the social rights as rights of the democracy and of the law, both intertwined and in balance, thus demanding, in order to come true in the social reality, the respect of the constitutional players and of the roles they have in the fulfillment of these such rights. At this point, we highlight the level of the political deliberation, due to its near asphyxia, by the law, in the current Brazilian social rights scenario. Concerning efficacy, we question the subsuming of the social rights against the traditional formula of the subjective rights, for being incompatible with its own nature and functional structure, resulting in the critical analysis of the so-called “judicialization” of the social rights, focusing on the role of the Judiciary in such accomplishment. Starting with the established premises, we look into the social right to health, specially regarding the treacherous issue that deals with the supplying of medication by public institutions and the judicial intervention in this field, proposing the establishment of some rational parameters, which would discipline the difficult interaction between the satisfaction of self-interest and the criteria of social justice and common good that inform the distribution of pharmacological drugs by the Administration.

Key-words: Social Rights; Common Good; Democratic Constitutional State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
I - DIREITOS SOCIAIS: UM PROBLEMA JUSPOLÍTICO.....	9
1. OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS	9
1.1. A dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro	10
1.2. Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: dificuldades terminológicas e conceituais e brevíssima perspectiva histórica	18
2. OS DIREITOS SOCIAIS NO QUADRO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..	27
2.1. Direitos Sociais <i>versus</i> Direitos de Liberdade.....	29
2.2. Os Direitos Sociais como direitos da sociedade e do Bem Comum.....	32
II - OS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	39
1. A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS	39
1.1. Subjetivação dos Direitos Sociais	40
1.2. Direitos Sociais e Deliberação Política	45
2. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	57
2.1. A controvérsia da justiciabilidade dos direitos sociais fundamentais	60
2.2. A relevância do papel judicial	66
III - O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE	72
1. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	72
1.1. Noções Preliminares	74
1.2. A eficácia do direito à saúde como direito fundamental social.....	79
2. CONTRIBUIÇÃO PARA O ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS RACIONAIS À PRESTAÇÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS.....	83
2.1. A Importância do Critério Técnico: Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ...	85
2.2. Limites a Ação Judicial	88
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS	101

INTRODUÇÃO

A interpretação dos direitos sociais que vem sendo levada a cabo por setores da doutrina e da jurisprudência nacionais, em especial na temática afeta ao direito à saúde, vem desembocando em um fenômeno identificado por autores como Cezar Saldanha de Souza Júnior como um “totalitarismo jurídico” sem precedentes¹.

A pretexto de realizar a verdadeira justiça, os direitos sociais estão sendo descaracterizados, prontos a servir à satisfação do auto-interesse e apartados do valor maior do bem comum que informa sua estrutura funcional.

As conseqüências deste ativismo judicial crescente, que apregoa a possibilidade de serem deduzidos direitos subjetivos tradicionais a partir tão somente da norma constitucional consagradora do direito jusfundamental à saúde – e em leitura parcial do dispositivo, refira-se – vem comprometendo o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito, tal qual plasmado na Carta brasileira.

É a realidade do que no Brasil já se convencionou chamar de “judicialização da saúde” ou de “justiçaterapia”.

As decisões políticas da maioria democraticamente legitimada vêm sendo sistematicamente desconsideradas sob o argumento de que configuram “mera falácia” e “retórica”. Isto muito em razão, é bem verdade, da crise ética e de legitimidade da representação que assola o campo político nacional, no qual é possível constatar a pulverização da vontade política em razão da apropriação das minorias pelas corporações organizadas, as quais ocupam os espaços políticos no Congresso Nacional.

A política é, assim, inteiramente dominada pelo direito, o qual pretende expressar legitimamente os conflitos sociais segundo a sua particular visão de bem.

¹ *Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Nº III, mar. 2005, p. 12.*

Neste quadro, os direitos sociais se perderam de sua finalidade maior. Os fundamentos ontológico e teleológico do Estado brasileiro - a dignidade da pessoa humana e a promoção do bem comum - tornaram-se noções esquecidas em prol da satisfação imediata do interesse individual, tipicamente liberal.

O presente estudo busca efetuar uma análise crítica desta realidade. Almeja lançar um olhar teleológico sobre a doutrina dos direitos sociais, mostrando a relevância da efetiva compreensão que os conceitos de bem comum, justiça social, bem-estar social e vida boa desempenham na conformação da estrutura funcional desses direitos, atuando como indicadores da forma de sua concreção.

O caminho se inicia pela análise do papel da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, cotejando o valor desde sua acepção conceitual até sua perspectiva histórica, resultando na consagração dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo intenta uma análise específica acerca da definição dos direitos sociais, por meio da sua confrontação com os chamados direitos de liberdade, passando pelas raízes históricas que determinaram a diferença enfocada e culminando na análise da estrutura funcional dos direitos sociais no ordenamento jurídico. Neste mister, o reencontro da política com sua relevância perdida é afirmado, numa busca pela preservação das instâncias democráticas.

O terceiro capítulo aborda a questão específica do direito à saúde e os aspectos mais palpantes de sua demanda judicial, salientando a relevância das políticas públicas como estratégias legítimas para a consecução das metas traçadas pela Constituição, as quais não podem ser solapadas em prol do atendimento de interesses individuais. O enfoque adotado é voltado especificamente ao fornecimento judicial de medicamentos e afins, categoria na qual se encontram inseridas um sem-número de demandas propostas contra os entes públicos que abarrotam as cortes de todo o país.

Intenta-se, ao final, ante a gravidade e complexidade da questão enfrentada, propor alguns critérios capazes de dotar esse fornecimento de um mínimo de racionalidade e isonomia, a fim de não nos conformarmos a ser parte do problema, mas ousarmos tentar fazer parte da busca por soluções.

I - DIREITOS SOCIAIS: UM PROBLEMA JUSPOLÍTICO

1. OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Com o final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), durante a qual restaram expostas as chagas mais terríveis da humanidade, o pensamento filosófico voltou sua atenção para a Antigüidade, numa busca desesperada por princípios éticos e morais capazes de servir de base à reconstrução da sociedade humana moderna. Tem início, assim, o fenômeno que poderíamos denominar de “revalorização da pessoa humana”, mediante a redescoberta da importância e a releitura dos ensinamentos de mestres clássicos como Aristóteles e Tomás de Aquino.

Surge, desta feita, no mundo jurídico, o entendimento da imprescindibilidade do reconhecimento de um núcleo inviolável e irreduzível de direitos, fulcrado na dignidade da pessoa humana e indevassável tanto pelo Estado quanto pelo grupo social. É esse núcleo de direitos que vai servir de viga-mestra para a construção dos Estados constitucionais contemporâneos.

O reconhecimento e a proteção desses direitos é o cerne da supremacia do direito² em uma democracia constitucional. A forma como se dá o reconhecimento desse núcleo de direitos está em estreita relação com o *telos*³ de cada Estado Constitucional: são a

² A expressão foi talhada pelo Prof. Dr. Cezar Saldanha de Souza Junior. Em síntese não mais do que perfunctória, a supremacia do direito se apresenta como a técnica utilizada pelo direito para operacionalizar o diálogo entre a ética e a política no ambiente do Estado Democrático contemporâneo, com fulcro num elenco de valores centrados na dignidade da pessoa humana. É esse corpo de valores éticos fundamentais aceito por toda a comunidade que fundamenta, dá unidade e valida todos os aspectos da vida social, restando por vincular o Estado e a sociedade como um todo, no intuito de favorecer a consecução do bem comum. Para melhor compreensão, ver a obra do autor “*A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. Tese para Concurso a Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*”.

³ Acerca do significado do *telos*, esclarece Cezar Saldanha de Souza Júnior: “*Os seres humanos, vivendo em sociedade, são capazes de contemplar os fins últimos da convivência (o telos), a partir do ponto de inserção social em que cada um se encontra. Dessa contemplação, cada qual vê o telos de sua perspectiva, como lhe parece (o bem aparente). Essas visões diferenciadas articulam-se em formas diferentes de interpretação (archê), a serem confrontadas umas com as outras no denominado processo deliberativo, que deve ser o mais aberto e plural possível, via instituições adequadas. O pano de fundo das interpretações e do processo deliberativo há de ser a realidade concreta, A deliberação emerge do diálogo entre o telos, suas diferentes interpretações, bem assim a realidade dos fatos. Da deliberação resultam as decisões, traduzidas, afinal, em ações concretas*”. (*Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Nº III, mar. 2005, p. 10*).

cristalização dos valores supremos do desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade.

1.1. A dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro

É possível afirmar, com Mariana Filchtiner Figueiredo, que no cenário contemporâneo, o valor essencial do ser humano se constitui em raro consenso teórico: “*a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental*”⁴.

Mas nem sempre foi assim. Foi preciso que a humanidade mostrasse, por mais de uma vez, a sua face mais cruel e insana, para que a dignidade humana fosse guindada ao *status* de valor fundamental que hoje ostenta.

Neste sentir, assevera Fábio Konder Comparato:

Após três lustros de massacres e atrocidades de toda a sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.⁵

Em uma perspectiva histórica, muito embora possam ser identificadas as primeiras noções de dignidade do homem já na Antiguidade⁶, as origens da idéia, enquanto valor pessoal atribuído a cada indivíduo, remontam ao pensamento eclesiástico e estóico da Idade Média, com especial destaque para a obra de Tomás de Aquino, ao tratar sobre a “*dignitas humana*”.⁷

⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 47.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 54.

⁶ Consoante Ingo W. Sarlet, a dignidade dos antigos condizia, modo geral, com a posição social do indivíduo e com o grau de reconhecimento deste pelos demais membros da comunidade. (*In: Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30).

⁷ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 160.

O pensamento tomista concebe a dignidade humana sobre dois aspectos distintos: como inerente ao homem, como espécie; e existente *in actu* só no homem enquanto indivíduo, residindo na alma de cada ser humano, afirmando a necessidade do homem não mais voltar-se unicamente para Deus, mas também para si mesmo, tomando consciência de sua dignidade e agindo de conformidade com a mesma.⁸

Veja-se, a propósito, a referência de Miguel Reale, destacada por Jorge Miranda, proclamando que “*é da autoconsciência da dignidade do homem que nasce a idéia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero facto de existir, mas pelo significado ou sentido da existência*”.⁹

A dignidade da pessoa humana recebe novo impulso no século XVIII, período fértil do jusnaturalismo, com a obra do filósofo alemão Immanuel Kant. Com sua *Crítica da Razão Prática*, de 1788, o autor reassenta a questão da moralidade em novas bases, sintetizadas no que denominou de “imperativo categórico”: “*age de tal modo que a máxima da tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral*”. Desta assertiva, Kant deduz três máximas morais: (1) “*Age como se a máxima da tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza*” (correspondente à universalidade da conduta ética, válida em todo o tempo e lugar); (2) “*Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio*” (cerne do imperativo, ao afirmar a dignidade dos seres humanos como pessoas) e (3) “*Age como se a máxima da tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais*” (exprime a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins, atribuindo à vontade humana uma vontade legisladora geral). Integra o imperativo categórico do pensador germânico a exigência de que o ser humano jamais seja visto ou usado como meio para atingir outras finalidades, mas sim considerado como um fim em si mesmo. Assim, o imperativo se orienta pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana, a qual serve de inspiração para a regra maior: o respeito pelo outro.¹⁰

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 111.

⁹ REALE, Miguel. *Apud in: MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000., p. 47.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 113.

Essa preocupação com a proteção e promoção da dignidade humana ressurgiu após o término da Segunda Guerra Mundial, em resposta às brutalidades e degradações cometidas contra a pessoa. A consagração da necessidade de respeito à dignidade humana tem início no campo internacional, sendo inaugurada com a Carta das Nações Unidas de 1945¹¹, seguida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 1948¹², sendo ambos os documentos expressos no tratamento da temática. A relevância da Declaração de 1948 é destacada por Maria Helena Rodriguez, citada por Mariana F. Figueiredo, para quem a Declaração da Universal dos Direitos do Homem transformou-se em uma espécie de horizonte moral da humanidade, em um código de princípios e valores universais, revigorando e reforçando a idéia de universalidade dos direitos humanos como direitos de toda a pessoa.¹³ Disto decorreria que setores da moderna teoria constitucional já propugnavam a vinculação do poder constituinte originário a uma espécie de “reserva de

¹¹ O Preâmbulo do documento declara:

Nós os povos das Nações Unidas, determinados a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que, por duas vezes em nosso tempo, trouxe incontável sofrimento à humanidade, a reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres e entre nações grandes e pequenas, e para estabelecer condições sobre as quais a justiça e o respeito pelas obrigações oriundas de tratados e outras fontes da lei internacional possam ser mantidas, a promover o progresso social e melhores padrões de vida em maior liberdade...” (“We the Peoples of the United Nations Determined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, and to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, and to promote social progress and better standards of life in larger freedom ...”) Original em inglês obtido no sítio <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/ch-cont.htm>, com tradução livre para o português pela pesquisadora.

¹² O artigo 1º da Declaração enuncia:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (“Article 1 - All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood”). Original em inglês obtido no sítio <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/ch-cont.htm>, com tradução livre para o português pela pesquisadora.

¹³ R. Alexy, em menção destacada na obra de Ingo W. Sarlet, sustenta que, a despeito de sua crescente relevância, o significado da proteção internacional não deve ser superestimado, visto que, sem a concretização (institucionalização) dos direitos do homem (fundamentais) em Estados particulares, o ideal da Declaração da ONU não será alcançado. (ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, RDA nº 217 – 1999. *Apud in* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 41).

justiça”, consubstanciada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça, da liberdade e da igualdade preconizados pela Declaração.¹⁴

Completam esse quadro os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, no intuito de explicitar os direitos consagrados na Declaração de 1948, além dos mecanismos de controle da efetivação destes direitos pela comunidade internacional.¹⁵

No âmbito interno das Nações, a Constituição italiana de 1947 foi pioneira ao inserir a dignidade humana entre os princípios fundamentais, muito embora a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, seja considerada o primeiro documento a consagrá-la em termos mais incisivos. Seguem a mesma trilha as cartas políticas portuguesa de 1976 e espanhola de 1978. Em tempos mais recentes, também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 afirma a inviolabilidade da dignidade humana, apregoando a necessidade de respeito e proteção à mesma e destinando todo um capítulo à tutela da vida, à integridade do ser humano, à proibição de torturas e tratamentos desumanos ou degradantes e à proibição à escravidão e ao trabalho forçado.¹⁶

Em idêntica linha, verifica-se a promulgação da Carta Política do Brasil, em 05 de outubro de 1988, erigindo “*um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca*”¹⁷. O Texto dá início a um novo estágio da democracia e do constitucionalismo no país.¹⁸

¹⁴ RODRIGUEZ, Maria Helena. *Os direitos econômicos, sociais e culturais: uma realidade inadiável. PROPOSTA: Revista Trimestral de Debate FASE*, v. 31, n. 92, mar./maio 2002, p. 19. *Apud in*: FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 115.

¹⁷ PIOVESAN, Vieira. *A força normativa dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana. In: Temas de Direitos Humanos*. Flávia Piovesan (Organizadora). 2ª ed., rev., ampl. e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 358.

¹⁸ Em posição crítica, Gustavo Amaral salienta que “*Esse novo constitucionalismo, como já dito, veio a lume com uma constituição compromissória, muitas vezes casuística, características que as diversas emendas não diminuíram, ao contrário, onde muitos ‘direitos’ estão garantidos, fornecendo amplo material para os pleitos de ‘plena eficácia’ e para o ativismo judicial*”. (*In: Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2001, p. 18).

A Constituição de 1988 pôs termo à transição entre o período de ditadura militar, instaurada com o golpe de 31 de março de 1964, e o processo de redemocratização. A este propósito, Flávia Piovesan salienta:

Constituição de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais. O texto demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós-Ditadura”.¹⁹

Na mesma linha da referida autora, o Documento é, para muitos, um dos mais avançados do mundo moderno com relação à consolidação das garantias dos direitos fundamentais e, no âmbito interno, o mais abrangente e detalhado acerca dos direitos fundamentais da nossa história constitucional.²⁰

Já em seu Preâmbulo, a Constituição de 1988 expressa o objetivo de instituir, no Brasil, um Estado Democrático de Direito:

(...) destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, (...).²¹

Em seu Título I – *Dos Princípios Fundamentais* - o Texto identifica como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro a *dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, inc. III).²² No artigo 3º, inciso IV, afirma que constitui um dos objetivos principais da República Federativa do Brasil “*promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. Afirma, ainda, o

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. George Salomão Leite (organizador). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p. 190.

²⁰ A Carta brasileira, porém, está longe de ser alvo unicamente de elogios: “(...) a Constituição de 1988 mais que compromissória, analítica e dirigente, é casuística e prolixa”. (BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos as Constituição de 1988 (Foi bom para você também?)*. *Debates*, nº 20: *A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Apud in AMARAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 15).

²¹ Como bem salienta Flávia Piovesan, citando J. J. Gomes Canotilho, a Constituição brasileira consagra as três dimensões do Estado de Direito identificadas pelo o mestre português: a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais (*op. cit.*, p. 191).

²² Vale registrar que a dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão na Constituição brasileira em outros dispositivos: como um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, *caput*); como fundamento do planejamento familiar (art. 226, §7º), e como direito assegurado à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*).

princípio da *prevalência dos direitos humanos* como um de seus regentes nas relações internacionais (artigo 4º, inc. II).

A seguir, consagra, de forma inédita na história das constituições brasileiras, todo um título específico - o Título II - aos chamados *Direitos e Garantias Fundamentais*, contemplando, a partir do artigo 5º, uma extensa tábua de direitos de liberdade, direitos sociais, direitos políticos, dentre outros.

Mas o que significa essa afirmação constitucional da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro?

A doutrina nacional, a par das conseqüências juspolíticas eventualmente divergentes que daí venham a ser deduzidas, afirma a natureza de *valor* da dignidade da pessoa humana, tal como reconhecida pelo constituinte no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior. Neste sentido, Flávia Piovesan afirma que “*é no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa*”. Refere a autora, ainda, que o *valor* da dignidade da pessoa humana, ao lado da cidadania e dos direitos e garantias fundamentais, constituem os princípios constitucionais que “*(...) incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. A partir dessa nova racionalidade, passou-se a tomar o direito constitucional não só como tradicional ramo político do sistema jurídico de cada Nação, mas sim, notadamente, como seu principal referencial de justiça*”.

E sintetiza:

O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional.²³

Destarte, a dignidade humana, assim inserida pelo constituinte na Carta Política pátria, não ostenta a natureza princípio ou sobreprincípio jurídico, mas de valor fundante do Estado nacional. Trata-se, portanto, de noção pré-jurídica, de dado prévio, não existindo apenas

²³ *Op. cit.*, p. 191-193.

quando e na medida em que corroborado pelo Direito. Em razão disto, não se cogita de uma pretensão jurídica nem de um direito fundamental à dignidade humana.²⁴

Isso significa dizer que a dignidade da pessoa humana, como *valor* que é, se encontra no campo dos fins últimos do Estado. E enquanto valor, tem natureza geral, abstrata e universal, atuando como controle, de forma indireta e mediata. Para sua reintrodução no casuísmo da ação concreta, não prescinde do processo de mediação, caracterizado pelas turbulências (saudáveis) e embates democráticos das ideologias, típicos da esfera política.

Outro elemento de grande relevo trazido pelo Texto é a noção de promoção do *bem comum*, inserida na Constituição pátria como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. III).

Uma vez mais, não se mostra tarefa fácil definir no que consiste o bem comum. Neste mister, excelente conceito pode ser extraído da Encíclica Social *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII: “*O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana*”²⁵.

Assevera o Pontífice em sua doutrina, também, que a realização do *bem comum* é a razão de ser dos Poderes Públicos:

Essa realização do bem comum constitui a própria razão de ser dos poderes públicos, os quais devem promovê-lo de tal modo que, ao mesmo tempo, respeitem seus elementos essenciais e adaptem as suas exigências às atuais condições históricas. (...)

Pois visto ter o bem comum relação essencial com a natureza humana, não poderá ser concebido na sua integridade a não ser que, além de considerações sobre a sua natureza íntima e sua realização histórica, sempre se tenha em conta a pessoa humana.²⁶

Na lição de Luís Fernando Barzotto, citando John Finnis: “... *os direitos humanos expressam os ‘aspectos básicos da plena realização humana’ de cada um dos membros da*

²⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. cit.*, p. 53.

²⁵ *As Encíclicas Sociais de João XXIII, 2º volume*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1963, p. 596.

²⁶ *Op. cit.*, p. 595.

*espécie humana. Por exemplo, vida, liberdade e saúde são elementos constitutivos da vida boa, da vida plenamente realizada para todo ser humano”.*²⁷

Neste compasso, e identificando o *bem comum* como o bem de *TODOS* (aquele que só existe quando partilhado por todos), tem-se que este *bem comum* é alcançado quando os membros da comunidade possuem condições de realização da *vida boa* – até porque a finalidade da vida comunitária é a auto-realização, a *vida boa*.²⁸

Isto implica entender a pessoa humana, a um só tempo, como princípio e fim do Estado, o qual tem sua existência necessária condicionada a servir como instrumento (meio) para a realização do *bem*, na busca pela *vida boa*.²⁹ O preenchimento do conteúdo desses *bens* revela o consenso de cada comunidade acerca do que considera *bem comum*.

Assim, o Estado brasileiro foi concebido a partir da dignidade da pessoa humana e tendo como objetivo a promoção do bem comum.³⁰

Apresentando grande similitude com a Constituição brasileira, a Carta Política portuguesa também traz a dignidade humana como fundamento de sua República.³¹ Na lição de Jorge Reis Novais,

(...) a consagração constitucional de um elenco de direitos fundamentais de que o Estado não dispõe, mas que respeita, garante e promove, corresponde ao desenvolvimento e atribuição de força normativa, vinculativa e concretizada, a esta idéia de República baseada na dignidade da pessoa humana.

²⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. *Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da Dogmática Jurídica à Ética*. *In*: Os Desafios dos Direitos Sociais. Cláudio Ari Mello Coordenador. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 56. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 51.

²⁸ *Idem*.

²⁹ SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos e ROSA JÚNIOR, Faustino da. *Os Direitos da Pessoa Humana na CRFB de 1988: Os Direitos Sociais podem ser pleiteados individualmente via processo judicial?* *In*: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde. Sapucaia do Sul: NOTADEZ Informação Ltda., 2007, p. 70.

³⁰ A dignidade humana e o bem comum não são o único fundamento e objetivo insertos na Carta brasileira. O centro do enfoque nestes elementos, todavia, é relevante para o desenvolvimento do tema.

³¹ Estatui a Carta lusitana:

“Artigo 1.º (República Portuguesa) - Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. (original obtido no sítio: http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p01.htm).

Assevera o doutrinador lusitano, também, que a dignidade da pessoa humana opera simultaneamente como tarefa ou obrigação jurídica a cargo do Estado (a quem incumbe a promoção e proteção desta dignidade contra todo o tipo de intervenções – função protetiva, portanto) e como limite e parâmetro da atividade estatal (funcionando como *ultima ratio* de valoração de legitimidade dos atos estatais – função defensiva), fixando o ser humano como finalidade última do Estado.³²

No caso brasileiro, os *fundamentos* do Estado afirmados no Texto constitucional constituem aqueles *valores*, aqueles *bens*, erigidos à condição de integrantes dos fins últimos do Estado (*telos*) – isto é, o *bem comum* que o Estado brasileiro almeja garantir e promover.

Desta feita, analisando-se a ordem constitucional brasileira instaurada pela Carta de 1988, pode-se concluir que a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III) possui natureza de *causa eficiente* (ou fundamento ontológico) do nosso Estado Democrático de Direito, enquanto que, ao seu lado, o *bem comum* (art. 3º, inc. IV) se constitui em *causa final* do mesmo Estado (ou fundamento teleológico).³³

Por derradeiro, cumpre referir que a *dignidade humana*, embora de relevância capital indiscutível, não é o único *valor* inserido como fundamento do Estado Democrático de Direito na nossa Carta Política. Em razão disto, impõe-se uma exegese harmoniosa dos *bens* lá afirmados, compatibilizando-os “*sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua*”³⁴, como única forma de ensinar à sociedade brasileira, verdadeiramente, o atingimento do *bem comum* e da realização da *vida boa*.

1.2. Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: dificuldades terminológicas e conceituais e brevíssima perspectiva histórica

O tema objeto do presente tópico possui tal amplitude e relevância que em muito ultrapassa os limites do presente trabalho. Não obstante, a sua inclusão se justifica, ainda que a abordagem realizada apresente tão somente um breve traçado acerca do mesmo, salientando

³² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 52-53, *apud in* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op cit.*, p. 54.

³³ SOUZA JUNIOR. Cezar Saldanha de. *Direito Constitucional*, p. 10.

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 61.

não mais do que alguns de seus aspectos mais relevantes, no intuito de melhor situar o leitor e propiciar uma adequada compreensão da matéria versada no decorrer da pesquisa.

Exsurge de plano a absoluta inexistência de precisão conceitual e terminológica, quer no campo doutrinário (alienígena e nacional), quer no legislativo (da institucionalização) acerca da temática. Com efeito, os autores utilizam diversas expressões, como direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, dentre outras. A própria Constituição brasileira não apresenta uma unidade terminológica, utilizando expressões como direitos humanos (art. 4º, inc. II); direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º § 1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60 §4º, inc. IV). E essa ausência de consenso terminológico lança conseqüências no plano dos conceitos, acarretando entraves ao atingimento de um consenso.

Neste diapasão, sustenta Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado.³⁵

Muito embora não se intente analisar aqui cada uma das terminologias utilizadas, impõe-se a opção por uma expressão e por um conceito, a fim de possibilitar o desenvolvimento do tema. Neste aspecto, merece destaque a doutrina de Alexy, para quem a expressão *Direitos do Homem* designa aqueles direitos morais de caráter suprapositivo, enquanto os *Direitos Humanos* e os *Direitos Fundamentais* são entendidos como aqueles *Direitos do Homem* que foram objeto de positivação, respectivamente, por meio de pactos internacionais ou em uma constituição.³⁶

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 33.

³⁶ Robert Alexy identifica cinco caracteres definidores dos direitos do homem: a universalidade; o caráter moral; a preferencialidade; a fundamentalidade e a abstração. A universalidade vincula-se à caracterização dos direitos do homem como ideal universal. Seu primeiro aspecto é a universalidade dos titulares e destinatários, reconhecendo-se como tal o homem - pessoa humana (da delimitação do conceito de homem decorreriam dois problemas: um unicamente conceitual, esfera na qual prevalece o conceito biológico - muito embora a objeção de tratar-se de um especiecismo que se aproxima do racismo - e outro de fundamentação, quando se direciona o conceito de homem para o fim de que somente homens como indivíduos podem ser titulares de direitos do homem. Grupos, comunidades e estados, embora compostos de homens, não são homens. Assim, os direitos de coletividades são entendidos como meio para a realização de direitos do homem, entendida a proteção do indivíduo como intenção original dos direitos do homem. Isto não impede que direitos coletivos sejam inseridos na constituição. Todavia, muito embora todos os direitos do homem mereçam proteção jurídico-constitucional, nem tudo o que merece proteção jurídico-constitucional precisa ser um direito do homem). Os direitos do

Para o jurista, a positivação dos direitos do homem não anula sua validade moral, mas, antes, acrescenta-lhe a validade jurídica, unindo, no conceito de direitos fundamentais, direito e moral. Desta feita, os direitos fundamentais são delimitados, quando menos, em seu ponto central: “*Direitos fundamentais são, portanto, direitos do homem transformados em direito constitucional positivo*”.³⁷

Na doutrina pátria, posição similar é manifestada, dentre outros, por Mariana Filchtiner Figueiredo:

A expressão “direitos humanos” será utilizada para designar a proteção jurídica outorgada a estes direitos no âmbito do Direito Internacional, ou seja, sem limitações de tempo e espaço, mas presente uma pretensão de validade universal; enquanto ‘direitos fundamentais’ designarão a dimensão interna e nacional desses direitos, uma vez que tenham sido contemplados, material e formalmente, pelo direito constitucional positivo brasileiro vigente”.³⁸

Em igual linha, também SARLET:

(...) cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direitos do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno da cada Estado).³⁹

homem são, também, direitos morais, aqui entendido o conceito em oposição ao de direito jurídico-positivo. Assim, sua validade ou existência não pressupõe uma positivação. A preferencialidade dos direitos do homem se expressa em razão da íntima relação que guardam com o direito, não obstante o seu caráter moral, no sentido de que o direito positivo deve respeitar, proteger e fomentar os direitos do homem para ser legítimo, isto é, a fim de satisfazer sua pretensão de correção. Já a fundamentalidade pertine à prioridade de interesses e carências em todos os graus do sistema jurídico. Neste sentido, será fundamental o interesse ou carência quando sua violação ou não-satisfação significa morte, padecimento grave ou atinge o âmbito nuclear da autonomia. A quinta e última marca característica dos direitos do homem é a sua natureza de direitos abstratos, necessitando de limitação ou restrição, a ser determinada por ponderação, para serem aplicados aos casos concretos. Em razão disto, a realização de direitos do homem não é possível sem organização, levando, por três fundamentos à necessidade do Estado e do Direito: necessidade de sua imposição (até por coerção), necessidade de discutir e decidir sobre questões de interpretação e ponderação e necessidade de organizar o cumprimento dos direitos do homem. (*In: Constitucionalismo Discursivo*. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.10-11).

³⁷ *Op. cit.*, p. 96.

³⁸ *Op. Cit.*, p. 19.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 36.

Jorge Miranda⁴⁰, explica a preferência pela utilização da expressão direitos fundamentais nas Cartas Políticas, cuja origem remonta principalmente à Constituição de Weimar, pela superação da concepção oitocentista dos direitos e liberdades individuais, além do enlace entre direitos e Constituição. Assim, porque integrantes da Lei Fundamental, são direitos fundamentais.

Destarte, tomando por base a doutrina de Robert Alexy, ficam acertadas as bases terminológicas e conceituais indispensáveis ao avanço no trato do tema, evoluindo para a análise das categorias de direitos que integram os direitos fundamentais, escopo maior da presente pesquisa.

No quanto pertine ao surgimento dos direitos fundamentais, muito embora este se verifique, efetivamente, com os documentos políticos do século XVIII, é possível afirmar que a “idéia” de direitos do homem que irá culminar na consagração dos direitos fundamentais pode ser traçada desde a antiguidade.⁴¹

Neste sentir, afirma Alexy:

Os direitos do homem não são uma descoberta do século 20. Raízes da história das idéias deixam remontar-se às suas origens até na antiguidade.

⁴⁰ O constitucionalista português rejeita a expressão direitos humanos em substituição a direitos do homem para designar os direitos positivados na esfera internacional, referindo que a mesma deve ser evitada, forte em três justificativas: “1º por ser, neste momento, um anglicismo, sem a sedimentação de 200 anos da expressão direitos do homem (esta só parcialmente de origem francesa); 2º por direitos humanos poder inculcar direitos inerentes à humanidade ou ao gênero humano, sem pertinência a cada pessoa concreta, cujos direitos poderiam, assim, não ser respeitados; 3º por nada permitir inferir que com direitos do homem só se tenham em vista os homens, e não também as mulheres”. (Op. cit., p. 53).

⁴¹ Posição divergente pode ser verificada na obra de DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 24-26), na qual sustentam os autores que a identificação das primeiras manifestações dos direitos fundamentais no direito da Antiguidade (Grécia Antiga e Roma Republicana) ou na teologia cristã expressa no direito da Europa medieval carece de fundamento histórico, destacando como requisitos para o surgimento dos direitos fundamentais: (i) o Estado (entendido como Estado Moderno, sem o qual a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática, dada sua função precípua de limitar o poder estatal em face do indivíduo); (ii) o indivíduo (considerado enquanto ser moral, independente, autônomo e não-social, em contraposição às posições das sociedades antigas, nas quais as pessoas eram consideradas membros de grandes ou pequenos coletivos, como a família, o clã, o feudo, etc., aos quais eram subordinadas e privadas de direitos próprios) e (iii) Texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos (Constituição em sentido formal, que exerce o papel regulador entre os dois elementos anteriores, devendo o texto ter validade em todo o território nacional e ser dotado de supremacia, isto é, força vinculante superior a das demais normas jurídicas). Neste último aspecto, s.m.j., exsurge a fragilidade da tese defendida pelos autores, visto que, mesmo nos países de *common law* que não adotam Constituição codificada, dos quais é expoente máximo a Inglaterra, não se pode afirmar que o sistema de direito do *rule of law* lá estabelecido não consagre a proteção aos direitos fundamentais (sobre o tema dos sistemas de direito, ver Cezar Saldanha de Souza Junior, *A Supremacia ...*).

Pense-se somente na fórmula figural de Deus no Gênesis 1.27, na fórmula de igualdade, do novo testamento, de Paulo na carta aos Gálatas 3.28 e na idéia de igualdade cosmopolita da escola estóica. Daqui até a direitos endereçados ao estado e que podem ser impostos judicialmente foi, contudo, ainda um longo caminho.⁴²

Sintetizando a evolução histórica dos direitos do homem desde sua gênese até a positivação dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições escritas, Ingo Wolfgang Sarlet, citando K. Stern, destaca três etapas:⁴³ (i) **Pré-História**: desenvolve-se até o século XVI. Neste período podem ser identificadas raízes dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade na filosofia clássica (em especial a aristotélica) e no pensamento cristão.⁴⁴ (ii) **Fase Intermediária**: período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem, em especial a partir do século XVI, com destaque para o pensamento de Santo Tomás de Aquino. De salientar, neste período, ainda, a celebração da *Magna Carta Libertatum*, firmada em 1215 pelo monarca inglês João Sem Terra, conferindo alguns privilégios à nobreza em troca da confirmação da supremacia monárquica, com o que se inaugura a possibilidade de limitação do poder estatal, a qual viria a se converter em uma das vigas-mestras para a consagração dos direitos fundamentais.⁴⁵ (iii) **Fase da Constitucionalização**: iniciada em 1776, com as sucessivas

⁴² *Op. cit.*, p. 96-97.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 44.

⁴⁴ Consoante Jorge Miranda, as principais marcas dessa evolução até os séculos XV e XVI são: “- *A prevalência do factor pessoal sobre o factor territorial, como elemento definidor da comunidade política na Grécia e em Roma (apesar de não se reconhecer ao homem, só por ser homem, necessariamente personalidade jurídica); - A reflexão e a criação cultural da Grécia clássica, quando questionam o poder estabelecido, afirmam a existência de leis que lhe são superiores e reivindicam um direito de desobediência individual, de que fica sendo emblemática a atitude de ANTÍGONA; - A análise filosófica do conceito de justiça – distributiva e cumulativa – feita por ARISTÓTELES e a análise técnico-jurídica subsequente feita pelos juristas romanos; - A distinção de poder público e poder privado e, correlativamente, de Direito público e Direito privado, em Roma, acompanhada, porém, da completa prevalência da família sobre a personalidade individual; - A formação, em Roma, dos jus gentium como complexo de normas reguladoras de relações jurídicas em que intervissem estrangeiros (peregrini) e a atribuição progressiva aos habitantes do Império de direitos e até da cidadania romana; - O reconhecimento, com o cristianismo, da dignidade de cada homem ou mulher como filho de Deus, do destino e da responsabilidade individual, da unidade do gênero humano e da autonomia do espiritual perante o temporal; - A doutrina da lei injusta e do direito de resistência formulada pelo Escolástica medieval; - A conquista de algumas garantias básicas de liberdade e segurança pessoal, na Inglaterra, a partir da Magna Carta de 1215; - O aparecimento também de algumas garantias básicas da propriedade e até de participação política das pessoas e dos grupos, conexas com a intervenção das assembléias estamentais na criação de impostos (precursoras do princípio, mais tarde proclamado, no taxation without representation); - É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor”. (*Op. cit.*, p. 15-17).*

⁴⁵ Acerca do real papel da Magna Carta, alerta Vicente Greco Filho: “A idéia dos direitos individuais, portanto, ainda não se formara no sentido de hoje, de direitos iguais para todos e que contra todos podem ser contrapostos. A Carta valeu, porém, por uma felicidade de redação, para que as gerações posteriores lessem o texto como fixador de princípios mais gerais, de obediência à legalidade, da existência de direitos da comunidade que o próprio rei deve respeitar. (...) Valeu como a definição de princípio da monarquia limitada, sem repercussão, porém, na época, às massas. (...) Firmada a Magna Carta, procurou João Sem Terra livrar-se

declarações de direitos dos novos estados americanos. Os séculos XVII e XVIII apresentam o ponto máximo de desenvolvimento da doutrina jusnaturalista, ao mesmo tempo em que se verifica um processo de laicização do direito natural, culminando no Iluminismo, de inspiração jusracionalista.

Acerca da gênese dos direitos fundamentais nesta terceira fase, refere Gustavo Amaral, apoiado na doutrina de Peces-Barba:

Os direitos fundamentais afloraram inicialmente em três âmbitos: o debate sobre a tolerância, os debates sobre os limites do poder e humanização do processo penal. São essas três formas históricas iniciais dos direitos fundamentais que, cristalizadas nas primeiras declarações de direito das revoluções liberais, corresponderão às liberdades individuais, aos direitos políticos e de participação, e às garantias processuais. Esse afloramento se deu em resposta às mudanças sócias, econômicas, políticas e religiosas da transição da idade média para a idade moderna.⁴⁶

Para Jorge Miranda, a tradição inglesa do poder limitado, bem como o pensamento iluminista que culminou na Revolução Francesa e na Independência Americana são os marcos históricos mais acentuados na trajetória rumo à institucionalização dos direitos fundamentais:

As duas linhas de força mais próximas – não únicas, nem isoladas – dirigidas à formação e ao triunfo generalizado do conceito moderno de direitos fundamentais são, porém, a tradição inglesa de limitação do poder (da *Magna Charta ao Act of Settlement*) e a concepção jusracionalista projectada nas Revoluções americana e francesa. (...) Embora tenham de ser inseridas num fundo de valores e de experiências que radicam no cristianismo e no humanismo renascentista, são elas que determinam o aparecimento das declarações de direitos setecentistas. E embora tenham de ser tomadas como contribuições complementares que se reforçam mutuamente e, ao longo do século XIX, se interinfluenciam, elas correspondem a visões bem diversas de irradiação e defesa dos direitos do homem: empiricamente e com base nas decisões dos juízes, em Inglaterra e nos países da sua família constitucional; dedutivamente e por meio da lei escrita, em França e nos países continentais; participando de uma e doutra, nos Estados Unidos.⁴⁷

As Declarações de Direitos norte-americanas começaram a surgir logo após a independência. A mais célebre é a do Estado da Virgínia, datada de 12 de junho de 1776,

dela, solicitando a suspensão de seu cumprimento ao Papa, e vários séculos se passaram antes que seus princípios fossem respeitados". (*In: Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 30-31).

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 50.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 21.

enunciando, dentre outros direitos, os da liberdade, autonomia, igualdade e propriedade.⁴⁸ A Constituição da Filadélfia de 1787 não compreendia, em sua versão inicial, uma declaração de direitos, lacuna essa que somente foi preenchida em 15 de dezembro de 1791, com a ratificação das dez primeiras Emendas à Constituição, nas quais foram proclamados direitos como a liberdade de religião, a livre manifestação do pensamento, a segurança, a proteção contra acusações penais infundadas e penas arbitrárias e a propriedade individual.⁴⁹

Por sua vez, no Velho Mundo, na França revolucionária, foi proclamada, em 26 de agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fortemente apoiada no pensamento de Descartes, Rousseau, Voltaire e Montesquieu, dentre outros teóricos do racionalismo iluminista, movimento que tinha por objetivo a construção de uma nova ordem, *racional*, em oposição à anterior. O texto consagrou direitos como os da liberdade, da igualdade, da propriedade, da segurança e da resistência à opressão, da liberdade de religião e de pensamento, dentre outros.⁵⁰

A Declaração expressava os princípios político-filosóficos que embasaram a Revolução, vinculados ao movimento iluminista e liberal. Contudo, não versava apenas acerca de direitos dos cidadãos franceses, mas dos direitos do homem em si – este o caráter universal da Declaração.⁵¹ Concebe o homem como titular de direitos inerentes a sua pessoa e, por consequência, anteriores e superiores ao Estado. Esses direitos do homem, ditos naturais, são imprescritíveis e visam assegurar a coexistência dos homens com o máximo de independência e limitar as prerrogativas do Estado.

⁴⁸ “Declaração dos Direitos da Virgínia (Dos direitos que nos devem pertencer a nós e à nossa posteridade, e que devem ser considerados como o fundamento e a base do governo, feito pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunidos em plena e livre convenção). Williamsburg, 12 de junho de 1776:

Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”. (Tradução para o português em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>).

⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Op. cit. p. 27.

⁵⁰ Embora guardando grande similitude com os textos norte-americanos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão daquelas divergiu ao não seguir sua visão individualista, confiando muito mais na intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral - a maioria dos direitos garantidos pela Declaração de 1789 se encontravam submetidos a limites que o legislador deveria estabelecer. (DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo, Op. cit., p. 27-28).

⁵¹ Veja-se a lição de Celso Ribeiro Bastos: “Enquanto as Declarações anglo-saxônicas apresentavam-se eminentemente vinculadas às circunstâncias históricas que as precederam e, por essa razão, se afiguravam como limitadas ao próprio âmbito sobre o qual vigiam, a Declaração Francesa se considera válida para toda a humanidade” (In: Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 301).

Assim, o texto afirma que o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem e que o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.⁵²

A Declaração tem o propósito de servir de guia ao legislador e de *standard* para avaliar a ação dos governantes. Enuncia as regras que as instituições políticas devem respeitar (a soberania nacional, a separação dos poderes e a aprovação para o imposto).⁵³ Pouco a pouco, porém, em razão de sua natureza filosófica e política, a Declaração adquire uma grande autoridade e uma força jurídica superior a das leis, extrapolando os limites do território francês.⁵⁴

É também com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que é lançado um “conceito polêmico de constituição”, ao decretar o texto que só possuiria autêntica constituição aquela sociedade na qual estivessem contemplados na Carta Política a garantia dos direitos naturais do indivíduo e a separação de poderes: “*Toda a sociedade, em que a*

⁵² *Declaration des droits de l’homme et du Citoyen du 26 août 1789 (Placée ensuite en tête de la Constitution de 1791) – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1791 (Colocada posteriormente no início da Constituição de 1791)*

Article premier. *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. (Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum).*

Article 2. *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. (Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”).*

Original em francês obtido no sitio <http://www.geocities.com/marceloeva>, com tradução para o português.

⁵³ Tendo vivido na Inglaterra e tomado contato com as experiências institucionais britânicas, Montesquieu cria sua famosa teoria da Separação dos Poderes a partir da obra de John Locke, pontificando em seu *O Espírito das Leis*, de 1748, que “*para que não se possa abusar do poder é necessário que, pelas disposições das coisas, o poder freie o poder.*”. A partir da obra de Montesquieu, a separação de poderes tornou-se verdadeiro dogma da ciência constitucional.

⁵⁴ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão continua em vigor ainda nos dias atuais. Ela integra o chamado “bloco de constitucionalidade”, inserindo-se no Preâmbulo da Carta francesa e possuindo o mesmo valor da Constituição. O Conselho Constitucional, desde 1971, considera que uma lei contrária ao Preâmbulo da Constituição é contrária à própria Constituição, não podendo ser promulgada. (*In: DEVILLER, Jacqueline Morand. Cours de Droit Administratif. Paris: Montchrestien, 1991).*

*garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.*⁵⁵

De lá para cá, os direitos fundamentais (e também os direitos humanos) foram crescendo em reconhecimento e abrangência – não obstante as duas fases de trevas da humanidade experimentadas durante a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais.

Superadas estas, os direitos fundamentais e os direitos humanos ressurgiram como fênix nos textos constitucionais e nos pactos internacionais modernos, não sendo possível, hoje, conceber uma verdadeira Constituição que não albergue direitos fundamentais.

De fato, consoante bem destacado por Jorge Miranda, é possível afirmar, hoje, como Bobbio, que o problema atual desses direitos não reside tanto em justificá-los, mas em protegê-los - mas este não é um problema filosófico, mas sim político.⁵⁶

⁵⁵ PIOVESAN, Vieira. Op. cit., p. 357. (“**Article 16** - *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*”). Original em francês obtido no sítio <http://www.geocities.com/marceloeva>, com tradução para o português.)

⁵⁶ Op. cit., p. 44.

2. OS DIREITOS SOCIAIS NO QUADRO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Afirma Cláudio Ari Mello, com inteira propriedade, que os direitos fundamentais são o centro de gravidade do constitucionalismo contemporâneo, podendo ser identificadas três categorias distintas com as quais opera a sua teoria geral:

(...) os direitos liberais, que tutelam as liberdades públicas, a igualdade e a privacidade dos indivíduos, os direitos sociais, que asseguram aos seus titulares o provimento de serviços públicos destinados a garantir-lhes o bem-estar material, e os direitos políticos, que permitem aos cidadãos a participação na vida política do Estado.⁵⁷

De fato, superada a fase de consagração dos direitos fundamentais nas cartas políticas de quase todas as nações ocidentais, preocupou-se a doutrina em identificá-los em gerações, usualmente três ou quatro (não obstante houvesse os que identificavam uma quinta e sexta gerações). Sem embargo do relevo do tema, não cumpre fazer, aqui, maiores digressões, impondo-se cingir a análise ao objeto que interessa mais diretamente ao presente estudo, qual seja, os direitos sociais.

Não obstante, mostra-se absolutamente pertinente a referência à hoje já comum objeção da doutrina ao emprego da expressão “geração de direitos” para tratar de direitos fundamentais, trazida a lume no direito nacional por Paulo Bonavides. Isto em razão de carecer a dita expressão de precisão terminológica, fazendo falsamente sugerir uma evolução estanque no tempo, indicando gerações cujo surgimento histórico se sucederia, umas substituindo-se às outras, quando, na verdade, se está diante de direitos que se integram e complementam, e não que se excluem, “(...) formando uma pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como o provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo o vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo”.⁵⁸

A doutrina tem preferido a expressão “dimensões” dos direitos fundamentais, numa tentativa de indicar esse fenômeno de não superação de umas pelas outras, mas da “*expansão*,”

⁵⁷ In: *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 125-126.

⁵⁸ Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 1997, p. 525.

cumulação e fortalecimento”⁵⁹ das dimensões, consideradas como um verdadeiro sistema de direitos fundamentais.

E no mister de bem analisar os direitos sociais mostra-se necessário efetuar o cotejo de duas dimensões de direitos fundamentais: a primeira, integrada pelos chamados direitos fundamentais clássicos (direitos de liberdade, direitos civis, direitos individuais ou direitos do indivíduo, dentre outras denominações, doravante designados de unicamente de direitos de liberdade); e a segunda, composta pelos direitos sociais, econômicos e culturais (usualmente sintetizados simplesmente como direitos sociais, terminologia que ora passaremos a adotar).

Isto porque, muito embora os direitos de todas as dimensões sejam integrantes da família dos direitos fundamentais, existem importantes distinções entre os diversos direitos que os compõem, em especial no quanto pertinente aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, desde o ponto de vista de sua justificação filosófica até sua forma de operacionalização na Constituição.

É o quanto destaca a doutrinadora portuguesa Cristina Queiroz, ao analisar esses direitos no âmbito da Carta lusa, referindo que essa dicotomia entre os “direitos, liberdades e garantias” e os “direitos econômicos, sociais e culturais” se constitui em um dos desafios do constitucionalismo moderno, visto que os direitos fundamentais sociais, ainda que expressamente qualificados de direitos fundamentais, se beneficiariam do regime jurídico geral dos direitos fundamentais, mas não do regime jurídico específico previsto para os direitos, liberdades e garantias. E conclui:

Esse tipo de direitos coloca problemas de interpretação e de aplicação, complexos. Não é apenas a estrutura dos direitos que os reclama, mas ainda a multiplicidade e a diversidade dos problemas e a projecção dos mesmos na ordem constitucional.⁶⁰

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 54.

⁶⁰ In: *Direitos Fundamentais Sociais. Função, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 5.

2.1. Direitos Sociais *versus* Direitos de Liberdade

Os direitos fundamentais de primeira dimensão possuem suas raízes no iluminismo e no jusnaturalismo liberal que influenciou as Declarações de direitos norte-americanas e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa do século XVIII, fruto da demanda da classe burguesa pelo reconhecimento de determinados bens que considerava especialmente importantes, como a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei.

Neste sentir, salienta Jorge Miranda:

Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da idéia de Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstracta de (no dizer de RADBRUCH) um “indivíduo sem individualidade”; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.⁶¹

São direitos concebidos a partir do indivíduo (daí serem também designados de “direitos individuais” ou “direitos do indivíduo”), afirmando-se, basicamente, como direitos de defesa, de dimensão negativa (visto que demandam do Estado uma abstenção, um *non facere*). Buscava a classe burguesa, por meio deles, proteção contra a arbitrariedade do poder político representado pelo Estado, delimitando uma esfera de autonomia individual frente a esse poder e determinando uma zona livre intervenção do mesmo, pelo que consagrados como “*direitos de resistência ou de oposição em face do Estado*”.⁶²

Assim, os direitos de primeira dimensão foram concebidos com o objetivo de controlar o poder político, restringido a sua atuação. Integravam, ao lado do dogma da separação dos poderes, o cerne dos primeiros textos constitucionais, sintetizando a idéia de limitação jurídica do poder. Partia-se da premissa de que o Estado deveria ser reduzido ao mínimo necessário para manutenção da ordem, a fim de que não representasse ameaça aos cidadãos.⁶³

⁶¹ *Op. cit.*, p. 22.

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 517.

⁶³ Esses direitos encontravam sua justificação na teoria contratualista, tendo como um de seus expoentes máximos a obra *O Contrato Social*, de Rousseau. Para o contratualismo, o único propósito da associação política seria a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, tal qual proclamavam as declarações de direitos francesa e norte-americana. Os governos, portanto, eram entendidos como associações políticas não-

Fernando Átria salienta que essa concepção original dos direitos de liberdade como direitos do indivíduo *contra* o Estado possui dupla justificativa: (i) uma vez constituída a comunidade, o *Leviathan* era a principal fonte de ameaça ao indivíduo (visto que neutralizar a ameaça de ataque de outros indivíduos era a finalidade do contrato constitutivo) e (ii) os indivíduos contratantes eram, em certo sentido, credores da comunidade política, cuja existência era justificada pela proteção aos direitos que assegurava. Destarte, a função política dos direitos fundamentais de primeira dimensão foi efetivamente a de justificar (*ex ante* ou *ex post*) a revolução burguesa.⁶⁴

A luta pelo reconhecimento dos direitos de liberdade, embora árdua, foi francamente exitosa, como se sabe. Sem embargo da consagração gradual que tais direitos foram logrando, ao final do século XVIII eles já serviam de base para a estruturação do Estado de Direito, “*convertendo-se no fundamento da autoridade dos novos sistemas políticos modernos*”.⁶⁵

Todavia, as transformações trazidas pela Revolução Industrial no século XIX e o impacto social e econômico dela advindo, aliado ao pensamento socialista, revelaram a inadequação do modelo clássico de direitos fundamentais. De fato, a consagração dos direitos de primeira dimensão como pertencentes a todos os homens mostrou-se pouco mais do que mera falácia, restando evidente que estes não eram desfrutados por grande parte da população, não detentora de direitos de riqueza. A liberdade e a igualdade por estes preconizada, concebida meramente em seu aspecto formal, mostrou-se insuficiente para atender aos reclames das sociedades modernas, que enfrentavam a crescente urbanização e a marginalização econômica e social da classe operária. Esses fenômenos deram origem ao surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais, a dos direitos econômicos e sociais, centrados na noção de igualdade material e voltados à busca de uma liberdade aferível em concreto.

Traço característico desses direitos é sua dimensão positiva, demandando uma ação, um *faccere*, do Estado, com vistas a assegurar a todos a participação no bem-estar social. São

naturais, constituídas artificialmente pelos homens. E os homens, ao decidirem viver em sociedade, não poderiam abdicar de certos direitos, que lhe eram inatos, porque prévios à existência da comunidade política.

⁶⁴ *Existem Direitos Sociais? In: Os Desafios dos Direitos Sociais*. Cláudio Ari Mello (Coordenador). Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 56 – set/dez. 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 10.

⁶⁵ ÁTRIA, Fernando. *Op. cit.*, p. 11.

chamados, em razão disto, de direitos prestacionais, ou direitos a prestações. Passa-se a invocar a responsabilidade do ente estatal de garantir a todos a igualdade, aqui compreendida também em seu aspecto material, buscando-se não mais apenas a “liberdade face ao Estado” (*liberty from government*), mas, também, “através do Estado” (*liberty through government*).⁶⁶

Os direitos de segunda dimensão têm estreita vinculação com a noção de distribuição da justiça social, possuindo, como observa Canotilho, função de não discriminação, assegurando que o Estado trate seus cidadãos como fundamentais iguais.⁶⁷ Em razão disto, afirma Bobbio que os direitos sociais, apesar de concederem poderes aos indivíduos de exigir do Estado uma prestação, diminuem sua liberdade, visto que, ao contrário dos direitos de liberdade, que nascem com o objetivo de limitar o poder, os direitos sociais demandam, para sua realização prática, justamente a ampliação dos poderes do Estado, em razão do que “*as sociedades reais, que temos diante de nós são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres*”.⁶⁸

Destarte, enquanto os direitos de liberdade nascem para defender o indivíduo contra o poder do Estado (natureza básica de expectativas negativas), os direitos sociais exigem o contrário, requerendo sua intervenção ativa (natureza básica de expectativas positivas), de onde advém a necessidade de leis que reconheçam as diferenças entre os cidadãos e que estabeleçam meios para minimizá-las, como forma de implementar a igualdade material e não formal. Além da elaboração de leis, atribui-se ao Estado o dever de fornecer prestações aos cidadãos, surgindo a necessidade de organização dos serviços públicos e obtenção de recursos econômicos.

Esta atribuição de tarefas, decorrentes da função de promover o bem-estar social, nele integrando as classes menos favorecidas, para correção das desigualdades na distribuição da riqueza e eliminação das diferenças, dá novo perfil ao Estado, que se vê forçado a abandonar a fórmula tradicional do Estado de Direito para transmudar-se em Estado de Direito Social.

⁶⁶ ROOSEVELT, reproduzido por Cass R. SUSTEIN, *The Second Bill of Rights. FDR'S Unfinished Revolution and why we need it more than ever*. Nova Iorque: 2004, p. 235 e ss. *Apud in*: QUEIROZ, Cristina. *Op. cit.*, p. 24.

⁶⁷ CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional* p.385.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77-78.

Sem embargo de algumas aparições esparsas nos textos constitucionais do final do século XVIII e durante o século XIX, foi, sem dúvida, somente no século XX, em especial na sua segunda metade, que esses direitos ditos de segunda dimensão conquistaram verdadeira consagração nas Constituições e em pactos internacionais.⁶⁹

Neste sentir, afirma Paulo Bonavides:

(...) dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinarem por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.⁷⁰

Mas, no destaque de Cristina Queiroz, esse caráter excepcional dos direitos sociais como direitos a prestações não significa que o Estado do século XIX não tivesse consciência dessa “dimensão prestacional”, devendo o período ser analisado como uma época que, não obstante triunfo da ideologia liberal, não remanesceu alheia às aspirações de cuidado e promoção de bem-estar social. Contudo, para o liberalismo, essas aspirações eram entendidas basicamente como “obrigações morais” da sociedade, sem vinculatividade jurídica geral: “*o liberalismo recusava o sancionamento jurídico de uma ‘obrigação positiva’ de ‘fraternidade’ ou ‘solidariedade’, numa palavra, a realização dos direitos fundamentais sociais como deveres públicos-estaduais*”.⁷¹

2.2. Os Direitos Sociais como direitos da sociedade e do Bem Comum

Os direitos fundamentais possuem uma grande complexidade de estrutura, âmbito e funcionamento. Assim, os direitos sociais e os direitos de liberdade, não obstante integrem a família dos direitos fundamentais - gozando, portanto de uma identidade de natureza - possuem uma distinção de “*estrutura e projecção dos mesmos no ordenamento constitucional*”, diferença essa que lança suas conseqüências na seara da interpretação

⁶⁹ SARLET, *A Eficácia ...*, p. 57.

⁷⁰ BONAVIDADES, Paulo. *Op. cit.*, p.518.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 8.

constitucional.⁷² E muito embora as sociedades modernas já não sejam as mesmas para as quais foram concebidos tais direitos em suas origens, subsistem distinções que requerem adequado tratamento pelos operadores jurídicos.

A distinção usualmente aceita tem como elemento distintivo maior a espécie de pretensão estatal decorrente de cada dimensão dos direitos fundamentais – os direitos de liberdade demandariam, fundamentalmente, ações negativas (abstenção), ao passo que os direitos sociais teriam cunho positivo, requerendo uma ação estatal positiva (ação).

No moderno constitucionalismo, porém, a dicotomia absoluta entre essas facetas negativa e positiva recebeu fortes críticas, restando assente que se mostra possível identificar em ambas as dimensões de direitos fundamentais, tanto uma faceta negativa, quanto uma positiva, sendo mais acentuada uma ou outra, conforme a dimensão de direito fundamental de que se trate.

Ademais, como bem refere Gustavo Amaral, no atual estágio de evolução social, os próprios direitos fundamentais se voltam mais para prestações do Estado do que para abstenções (a ameaça à liberdade se encontra mais na própria sociedade do que no Estado).⁷³

De referir, neste diapasão, a síntese presente na obra de Ingo W. Sarlet:

(...) enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais (portanto, o que está em causa aqui é precisamente a dimensão positiva, que não exclui uma faceta de cunho negativo) têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. Assim sendo, é de acolher-se a preciosa lição de José E. Faria, para quem “*os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de*

⁷² QUEIROZ, Cristina. *Op. cit.*, p. 7

⁷³ *Op. cit.*, p. 116.

juízo que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios".⁷⁴

Outro critério muitas vezes utilizado centra sua atenção nos gastos públicos. Assim, os direitos de liberdade, porque demandariam abstenções do Estado, não envolveriam, para sua satisfação e plena eficácia, custos.

Em razão disto, "(...) os direitos de liberdade seriam sempre eficazes, já que não dependeriam de regulamentação. Conquanto fosse admitida a regulação das liberdades, o gozo das mesmas decorreria da própria constituição, não do trabalho do legislador inferior".⁷⁵

Já os direitos sociais, por demandarem prestações positivas, implicariam em custo para sua implementação pelos Poderes Públicos, limitando, assim, a sua eficácia, visto estarem na dependência de prévia atuação do Legislativo e do Executivo, convivendo com a "reserva do possível"⁷⁶ e sendo satisfeitos "segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. (...). São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado".⁷⁷

Essa concepção revelou sua fragilidade a partir da obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, na qual, em uma abordagem econômica, é demonstrada a existência de custos para a satisfação de todos os direitos fundamentais.⁷⁸

A partir da referida doutrina se verifica que todos os direitos fundamentais requerem o custeio de uma estrutura para sua implementação (como a manutenção da estrutura do Poder Judiciário para assegurar o livre acesso à justiça e a prestação jurisdicional aos cidadãos; a manutenção das zonas eleitorais para o exercício do direito ao voto, etc). Desta feita, todos os

⁷⁴ *A Eficácia ...*, p. 299.

⁷⁵ AMARAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 57.

⁷⁶ Acerca do conceito de "reserva do possível" Cristina Queiroz destaca: "Na expressão do Tribunal Constitucional Federal alemão, a 'reserva do possível' corresponde aquilo que 'o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade'". (*Op. cit.*, p. 100).

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2000. p. 145-151.

⁷⁸ MELLO, Cláudio Ari. *Op. cit.*, p. 168, nota 343.

direitos fundamentais implicam em custo e convivem com a realidade da escassez de recursos, e não apenas os direitos sociais:

Direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às conseqüências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis. (...). Direitos são relativos, não pretensões absolutas.⁷⁹

Destarte, a dicotomia entre as facetas positiva e negativa dos direitos de liberdade e dos direitos sociais não pode ser tomada de modo absoluto. Como já salientado, tanto uns quanto outros são direitos que podem demandar do ente estatal tanto ações quanto abstenções. Do mesmo modo, tanto uns quanto outros direitos implicam em custos para o Poder Público, sendo esta uma característica inerente a todos os direitos fundamentais.

Enfoque tradicionalmente alijado de maiores considerações por parte da doutrina e dos demais operadores jurídicos - mas de grande relevo na tarefa de interpretação e aplicação das dimensões de direitos fundamentais - é o que, a partir de uma premissa teleológica, identifica como elementos distintivos os aspectos funcional e finalístico desses direitos, respondendo à indagação de qual *bem* cada dimensão de direitos fundamentais visa satisfazer.

Da fonte liberal em que concebidos, os direitos de liberdade trazem como raiz a concepção individualista de bem, considerado o bem de cada indivíduo independentemente do bem dos outros - o bem do outro só interessa ao indivíduo quando lhe traz algum benefício.⁸⁰

Os direitos sociais, a seu turno, nascem atrelados à idéia de justiça social, trazendo consigo a preocupação com o bem tomado não mais apenas em seu aspecto individual, mas – e principalmente – do ponto de vista social. Fala-se, em razão disto, em bem comum, em bem-estar social.

Neste diapasão, afirma Jorge Miranda:

⁷⁹ AMARAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 78 (trecho traduzido pelo autor a partir da obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein).

⁸⁰ Sobre a noção de bem no liberalismo, ver WALDMAN, Ricardo Libel. *Análise da Fundamentação Jusfilosófica para Atribuição de Direitos Sociais no Caso Concreto Via Procedimento Judicial.*, In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Nº III (mar. 2005), p. 54.

Nos direitos, liberdades e garantias parte-se da idéia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e protecção por parte do Estado e dos demais poderes. Nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade – umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionamentos exógenos (econômicos, sociais, geográficos, etc. - e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política.

E conclui o mestre de Lisboa:

Os direitos, liberdades e garantias são direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à protecção do poder contra outros poderes (como se vê, quanto mais não seja, nas garantias de intervenção do juiz no domínio das ameaças à liberdade física por autoridades administrativas). Os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção. O conteúdo irredutível daqueles é a limitação jurídica do poder, o destes é a organização da solidariedade.⁸¹

Destarte, se os direitos de liberdade objetivam precipuamente o bem para o indivíduo, os direitos sociais almejam precipuamente o bem comum.

Importante papel vai ser desempenhado, neste passo, pela dignidade humana. Incorporada nos textos constitucionais como valor a ser promovido e assegurado a todos, será a dignidade da pessoa humana a responsável por dar unidade à teoria dos direitos fundamentais, impondo o reconhecimento de que todos os direitos - quer os clássicos de liberdade, quer os sociais, os políticos ou os modernos direitos à bioética e à informática - devem ser compreendidos a partir da perspectiva da dignidade humana. Esta mudança de paradigma, quando afeta ao campo dos direitos de liberdade, dá ensejo à construção das noções de função social da propriedade e do contrato, por exemplo.

Não obstante, os direitos de liberdade e os direitos sociais remanesçam distintos⁸²: os direitos de liberdade têm como finalidade primeira a de defesa, ou negativa, pois seu fim imediato é a consecução do bem ao indivíduo e somente de forma mediata ao grupo social. Já

⁸¹ *Op. cit.*, p. 104-105.

⁸² Cláudio Ari Mello adota classificação similar para os direitos fundamentais, mas preferindo falar em direito fundamental em sentido amplo (compreendendo “a multiplicidade heterogênea de posições positivas e negativas que compõem o conteúdo de cada tipo jusfundamental”) e em direito fundamental em sentido estrito (correspondente ao conteúdo nuclear que fornece a característica distintiva do direito).

os direitos sociais têm como finalidade primordial a distribuição da justiça social, a inclusão de todos no bem-estar social e a diminuição das desigualdades (função positiva, prestacional). Seu fim imediato é o bem comum (enquanto bem de todos) e somente de forma mediata o bem individual.⁸³

Isso implica em entender que os direitos sociais não buscam atender, precipuamente, ao anseio individual por prestações estatais. Sua função essencial consiste na promoção do bem comum, com vista à eliminação das desigualdades e a inclusão de todos os membros do grupo social na *vida boa*. Com efeito, ao revés dos direitos de liberdade, que são direitos *a priori do indivíduo*, atendendo ao grupo social na medida informada pela dignidade humana, os direitos sociais são direitos *a priori do bem comum*, servindo ao indivíduo somente na medida em que o atendimento do interesse social responde, também, aos seus interesses particulares.

Esse horizonte não pode ser ignorado pelo operador jurídico. A lógica do sistema dos direitos individuais, do seu ponto de vista funcional, parte do indivíduo para o grupo, tendo como horizonte a dignidade humana; já a lógica funcional do sistema dos direitos sociais, por seu turno, parte do grupo para o indivíduo, observando também como paradigma a dignidade da pessoa humana.

E a interpretação desses direitos, para concreção na realidade fática do cotidiano não pode deixar de atentar à finalidade precípua de cada um deles: no caso dos direitos de liberdade, o auto-interesse; no dos direitos sociais, o bem comum.

Destarte, os direitos sociais integram a esfera subjetiva do grupo social – são direitos da sociedade, e apenas mediatemente do indivíduo; os direitos de liberdade, ao inverso, integram a esfera subjetiva do indivíduo – são direitos do indivíduo (ou de grupos de indivíduos) em si mesmo considerado, integrando a esfera social tão somente de forma mediata.

⁸³ Bom exemplo desta distinção se verifica na aplicação da “teoria dos limites”, no quanto pertine ao princípio da proporcionalidade em sentido *lato*: para os direitos de liberdade, o vetor da proporcionalidade atua preferencialmente como “proibição do excesso”; para os direitos sociais, o princípio da proporcionalidade atua primordialmente como “proibição da insuficiência” (*In: Queiroz, Cristina, Op. cit.*, p. 9, nota 8).

Não se intenta afirmar, no entanto, que a finalidade imediata de cada um desses direitos seja a única presente em sua concepção. Como gizado anteriormente, é certo que, dentre os fins mediatos, os direitos de liberdade apresentarão o interesse social (revelado, como já mencionado, na função social da propriedade e do contrato, por exemplo), bem como os direitos sociais, o interesse individual (quando um cidadão determinado utiliza o sistema de saúde para tratamento de sua moléstia, por exemplo). Destarte, nem os direitos sociais se caracterizam por atenderem, *exclusivamente*, ao auto-interesse, nem os direitos sociais por atenderem, *exclusivamente*, ao bem comum.

A utilidade da distinção ora destacada cinge-se, pois, a servir como linha básica para compreensão do funcionamento desses direitos, em particular o dos direitos sociais, com vistas à preservação de sua natureza quando da sua concreção na realidade social.

Com efeito, não é lícito, a pretexto de sustentar a unidade do sistema de direitos fundamentais, descaracterizar e subverter a finalidade dos direitos postos no ordenamento jurídico, reduzindo-os, todos, ao fim e ao cabo, a um só tipo funcional – o dos direitos de liberdade. No quanto se refere aos direitos sociais, atribuir-lhes, de plano, uma função que lhes é, por natureza, subsidiária, corrompe os próprios fins que tais direitos visam a alcançar, impingindo-lhes uma feição individualista e liberal que é contrária aos valores que expressam.

Destarte, a finalidade primordial dos direitos de liberdade é a satisfação do auto-interesse, enquanto que a dos direitos sociais é a promoção do bem comum. E este âmbito funcional e finalístico de cada dimensão de direitos fundamentais não pode ser desconsiderado pelo operador jurídico quando da realização desses direitos no mundo.

II - OS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

A importância de uma real compreensão do âmbito funcional e finalístico dos direitos sociais se revela no momento de concretização dos mesmos no cotidiano de cada nação. A desconsideração deste aspecto, no Brasil, tem levado a equívocos interpretativos que, por sua gravidade, atingem os alicerces do próprio Estado Democrático de Direito.

Com efeito, calcados em uma doutrina que apregoa a natureza subjetiva dos direitos sociais, tal qual a dos direitos de liberdade, os operadores jurídicos vêm, sistematicamente, por mais de uma década, em especial no atinente ao direito à saúde, subvertendo a lógica do sistema democrático de direito.

Mas se os direitos sociais não podem ser subsumidos na fórmula do direito subjetivo, não sendo viável a sua concreção diretamente a partir da norma constitucional que os consagra, como se dá a sua concreção?

O objetivo do presente capítulo é demonstrar que o regime constitucionalmente determinado para os direitos sociais estabelece outra forma de concreção desses direitos, sem com isso comprometer-lhes a eficácia – desde que entendida essa eficácia consoante a noção de bem comum, e não de auto-interesse.

Nesse mister, cumpre gizar a importância do respeito às esferas e aos níveis de atuação inerentes ao Estado Democrático de Direito, mediante o reconhecimento de que a dimensão jurídica, não obstante extremamente relevante, não é a única. A indevida supressão da dimensão política resulta em interromper o diálogo do sistema, invertendo a natureza das coisas em prol de uma concreção que nada tem de social, mas sim, de individualista, tão à feição do liberalismo que os próprios defensores desta visão “ativista” de direitos sociais repudiam.

Por outro lado, ante a impossibilidade de redução dos direitos sociais à fórmula clássica do direito subjetivo, forçoso será reconhecer que, pela própria natureza desses direitos, não se poderá mais falar em *poder subjetivo*, mas em um *justo subjetivo*, como ensina Luís Fernando Barzotto.⁸⁴

1.1. Subjetivação dos Direitos Sociais

Um dos equívocos que a desconsideração do objeto e do âmbito finalístico dos direitos sociais acarreta é a afirmação de sua justiciabilidade como direitos subjetivos tradicionais, como saída jurídica para dotar os direitos jusfundamentais sociais de real eficácia, mediante sua aplicação direta à realidade humana a partir da norma constitucional que os consagra.

A expressão “subjetivação” vai aqui utilizada para designar este fenômeno, já por deveras comum na doutrina latino-americana dos direitos sociais, que propugna pela possibilidade de subsunção destes direitos ao modelo dos direitos subjetivos, tal qual acontece com os direitos de liberdade.

O primeiro aspecto que demonstra a imprecisão desta proposição se revela na inadequação da linguagem jurídica para expressar as controvérsias políticas inerentes aos direitos sociais.

Como bem destaca Fernando Átria, nem mesmo os direitos de liberdade, em seus primórdios, se resumiram à noção de direitos subjetivos, sendo coerentemente utilizada a linguagem dos direitos como linguagem política e não jurídica:

(...) hoje parece haver um consenso cada vez mais extenso sobre a idéia de que os direitos humanos são parasitários dos direitos subjetivos jurídicos, na medida em que se definem pela sua relação com estes. Esta idéia, evidente como pode hoje nos parecer, é relativamente nova. De fato, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por exemplo, não foi uma lei, mas uma declaração sem efeitos jurídicos próprios. Com efeito, como poderia ter alguém direito subjetivo à segurança? O mesmo pode-se dizer da declaração norte-americana, e inclusive da declaração universal de 1948. A declaração universal tinha por finalidade promover ‘uma concepção comum’ nos direitos que permitisse evitar ‘atos ultrajantes para a consciência da humanidade’, de modo que, vivendo em ‘um mundo livre do temor e da

⁸⁴ *Op. cit.* p.

miséria', os homens não se veriam 'compelidos ao supremo recurso da rebelião contra a tirania e opressão'. Por isso o que os povos do mundo fizeram foi declarar esses direitos, declaração que deve entender-se como um esforço para fazer do mundo um lugar em que as atrocidades que haviam ocorrido recentemente fossem menos prováveis; o mundo é distinto desde que entendemos que ele (todo o mundo) é habitado por seres que têm esses direitos. A declaração é um ato performativo, cujo sentido é transformar o mundo ao declará-lo transformado.

E conclui:

Hoje, sem embargo, tudo isto é rapidamente descartado como retórica política, linguagem "metafórica", ou sentido "figurativo", "meras" declarações de princípios, obrigações "programáticas" que a nada obrigam, a menos que os direitos declarados impliquem no mínimo a exigência de conceder ao seu titular um direito subjetivo dotado de todas as características próprias dos direitos subjetivos, especialmente a exigibilidade. Nesse contexto, há um sentido importante em que o conflito político, especialmente na América Latina (e também na Europa do Leste), deslocou-se das ruas ou parlamentos para os tribunais.⁸⁵

Destarte, inverteu-se a relação entre a política e o direito, verificando-se, atualmente, a sujeição da primeira ao segundo, que passa a ser aquele que estrutura, limita e ordena o debate político, numa visão que Átria denomina de "legalista" do direito. Esta aceitação do direito como meio de expressão do conflito político tem como pressuposto a afirmada "neutralidade" do direito, que possibilitaria a expressão das pretensões políticas sem distorções.

Entretanto, salienta o autor que essa neutralidade do direito estaria a requerer duas condições: (i) que o discurso político careça de autonomia com relação ao discurso jurídico e (ii) que o direito seja "*completamente dúctil*", isto é, que qualquer demanda política razoável possa ser manifestada através dele sem que haja a necessidade de apresentá-la de modo distinto do que verdadeiramente é. E justamente neste segundo requisito residiria a inadequação do direito para expressar o conflito político sem distorções, a qual restaria sobejamente demonstrada justamente no trato dos direitos sociais, visto que, em relação a eles, "*o sentido jurídico do substantivo não é neutro a respeito das duas maneiras já distinguidas de entender o significado político do substantivo*". Assim, em face da natureza institucional do direito e do conteúdo político dos direitos sociais, exsurge a impossibilidade de subsunção dos referidos direitos à mesma fórmula dos direitos de liberdade, atestando as

⁸⁵ *Idem*, p. 24-25.

limitações da linguagem jurídica como linguagem institucionalizada: “*as instituições são dúcteis, mas não completamente*”.⁸⁶

A este propósito, alerta também o publicista Cezar Saldanha de Souza Júnior:

Quando, de outro lado, o direito se aventura a substituir a política, outros problemas logo aparecem. Quem exercerá as funções da política? Os juízes, que – à exceção de alguns exemplos de *common law* – não compadecem diretamente a legitimidade democrática? E se o judiciário politizar-se, quem, então, exercerá a função imparcial de dizer o direito?

Em última instância, o poder judiciário depende, para sua eficácia, de um poder estritamente político, que lhe dê o respaldo necessário de coerção. Se este poder político é, pela judicialização, embrulhado também ele na controvérsia, onde a Justiça vai encontrar a espada obediente, imparcial e segura para dar eficácia às suas decisões?

A perda da consciência dos limites e do sentido do direito leva, numa direção ou noutra, ao que MIGUEL REALE determinou, certa feita, de totalitarismo normativo.⁸⁷

Em verdade, ao reduzir os direitos sociais à formulação dos direitos subjetivos tradicionais, os primeiros perdem sua finalidade social, convertendo-se em verdadeiros direitos individuais – e será como direitos individuais que serão demandados em juízo, com vistas à satisfação do auto-interesse e não mais do bem comum (as necessidades dos demais integrantes da comunidade passam a ser irrelevantes). Assim, o direito buscado no Judiciário não será mais um direito social, mas verdadeiro direito privado, expresso na idéia de que a pretensão do demandante de que seu interesse seja atendido, ainda que à custa do interesse dos demais.

O direito subjetivo concebe os indivíduos, primariamente, como portares de direitos, vale dizer, como concorrentes. Os outros representam ameaças que demandam proteção, sendo os direitos armas de defesa – essa a razão da exigibilidade como traço dos direitos subjetivos. Destarte, “subjetivar” os direitos fundamentais sociais significa apartá-los de sua própria natureza social, pois “*colocar a noção de direitos no centro dos conflitos sociais é inibir qualquer possível impulso de caridade em ambos os bandos*”.⁸⁸

Neste sentido, refere também Gustavo Amaral:

⁸⁶ *Idem*, p. 29-32.

⁸⁷ *A Supremacia* , p. 40.

⁸⁸ WEIL, S. *La persona y lo sagrado. Escritos de Londres y Últimas Cartas*. Tradução de M. Larrauri. Madrid: Trotta, 2000, p. 28. *Apud in* ÁTRIA, Fernando, *Op. cit.*, p. 42.

(...) há no tocante aos direitos humanos especificidades que tornam impróprio ou ao menos questionável a aplicação dos conceitos hauridos do direito privado, em especial para a tomada de decisões normativas fundadas em silogismo simplista, como ‘se há direito então há dever correlato que pode ser exigido coativamente’ e descartar as especificidades não do caso concreto, mas de todas as relações de direitos fundamentais entre indivíduo e Estado como ‘não relevantes’.

Desconsiderar essas dificuldades, dentro do plano do ‘direito à saúde’, pode levar alguns a classificar os direitos contidos nesse plano como direitos difusos e, em seguida, como que por passe de mágica, dizer que a Constituição estabeleceu a ‘garantia do direito à saúde como um direito público subjetivo exigível contra o Estado’, gerando responsabilidade civil objetiva do Estado não apenas por serviços prestados, mas também por serviços não prestados.

Por força dessas especificidades, pelo intrínseco descompasso entre possibilidades e necessidades, entendemos que as pretensões voltadas a pretensões positivas que podem ser formuladas com amparo em direitos humanos não encontram correlação necessária em deveres estatais.⁸⁹

Disto resulta que não é o direito subjetivo e sua concepção individualista que restam capturados pelas finalidades dos direitos sociais, mas justamente o inverso: os direitos sociais é que são transmudados pelo conceito de direito subjetivo. Em razão disto, conclui Átria que a expressão direitos sociais é uma contradição em termos, sempre que a palavra “direitos” é interpretada com referência à idéia de direito subjetivo.⁹⁰

O segundo aspecto que demonstra a fragilidade da afirmada “subjetivação” dos direitos sociais é a inadequação da dogmática jurídica para tratar dos mesmos, como se vê na leitura de Luís Fernando Barzotto. O filósofo define direito subjetivo como “*um poder subjetivo (objeto do direito) correspondente a X, na medida em que atende a certos requisitos do ordenamento jurídico (titular do direito), imposto por uma norma (fundamento) como dever a Y (titular do dever)*”.⁹¹ Afirma, então, a inadequação da dogmática jurídica para os direitos humanos, em tese aplicável aos direitos fundamentais sociais.⁹²

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 112-113.

⁹⁰ *Idem*, p. 35.

⁹¹ BARZOTTO, Luís Fernando. *Op. cit.*, p. 84.

⁹² Considerando as premissas terminológicas e conceituais estabelecidas para o presente estudo no capítulo anterior, pode-se afirmar que a diferença entre os direitos humanos de que fala o doutrinador e os direitos fundamentais sociais ora abordados reside tão somente na forma de institucionalização dos mesmos: estes na Constituição (âmbito interno das nações) e aqueles na Declaração Universal de Direitos do Homem da ONU (âmbito internacional), não invalidando, quanto ao mais, respeitada esta distinção, as conclusões relativas a um, por aplicáveis ao outro.

O direito subjetivo é um poder conferido a um indivíduo de pretender o cumprimento de um dever por parte de outro. Seu conteúdo, portanto, é esse dever jurídico relacional – o comportamento que o titular do direito pode exigir do titular do dever.

Uma tal concepção de direito subjetivo como *poder*, no entanto, mostra-se incompatível com os direitos sociais – estes se referem a uma relação que se tem com os outros (justiça) e não a um poder a ser exercido sobre eles. Os direitos jusfundamentais sociais têm na relação horizontal entre sujeitos, e não na subsunção de um caso a uma norma, o centro da experiência jurídica. Invertem, deste modo, a lógica *norma/sujeito do dever* da dogmática e da teoria jurídica, em um retorno à lógica aristotélica tomista (*pessoa humana/pessoa humana*): “o reconhecimento do outro como co-humano e do que é devido a ele face à sua dignidade de pessoa, e não o conhecimento/interpretação de normas, constitui o cerne da experiência jurídica e dos direitos humanos”.⁹³

Leciona Barzotto, ainda, que essa visão de *poder subjetivo* deve ser substituída pela de *justo subjetivo*, com o que o direito subjetivo poderia ser definido como “o justo (*objeto do direito*) adequado a X (*titular do direito*), assumido como dever de justiça por Y (*titular do dever*), tendo como fundamento a lei (*natural ou humana*)”.⁹⁴

A lógica do direito subjetivo como justo é explicada pelo autor a partir do exemplo do direito social à saúde. Concebido como poder subjetivo (interpretação popular no Brasil, como destaca o filósofo), o direito à saúde equivalerá a dizer que o seu titular dispõe de uma ação para coagir o Estado a lhe fornecer um determinado tratamento ou medicação – garantindo ao indivíduo uma parcela do orçamento à saúde. Para esta interpretação, o impacto que isso acarretará sobre a coletividade ou sobre o direito à saúde dos outros membros do grupo social é indiferente. Assim entendido, o direito subjetivo é um poder conferido a um indivíduo auto-interessado para realizar o seu bem, independentemente do bem dos outros membros da sociedade. O direito à saúde, portanto, equivale a um direito de propriedade ou um poder subjetivo sobre uma parcela do orçamento da saúde.

Ao revés, concebido o direito subjetivo à saúde como justo subjetivo, corresponde a entendê-lo como ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de igualdade com os

⁹³ BARZOTTO, Luís Fernando. *Op. cit.*, p. 84-85.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 84-85.

demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao bem comum (e não ao auto-interesse), com o que não pode ser alcançado mediante a destruição deste. A saúde de determinado indivíduo, pois, não corresponde a uma *qualidade individual* sua, mas uma *relação de justiça* que este mantém com os outros integrantes da sociedade, em razão do que:

(...) se a comunidade não possui 10 milhões para fornecer a X, sem que o seu orçamento entre em colapso (bem comum) e/ou inviabilize o tratamento médico devido a outros membros da comunidade (igualdade), a saúde de X será afetada, mas não o seu direito à saúde, pois 10 milhões não é algo adequado a ele como membro da comunidade, o que significa dizer que os outros membros da comunidade não lhe devem isto.

E sintetiza:

Pensar que o direito à saúde deve ser determinado do ponto de vista do indivíduo isolado é pensá-lo como uma mônada, é retornar ao modelo liberal de estado de natureza, onde os direitos do indivíduo são determinados à margem da vida social.⁹⁵

Esta visão individualista, ousamos acrescentar, é incompatível com o valor da dignidade humana, erigido pela Constituição nacional como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.

Na verdade, a lição de Barzotto sobre a necessidade de pensar os direitos sociais não como direitos subjetivos tradicionais da dogmática jurídica (como *poder subjetivo*), mas sim como *justo subjetivo*, reconduz a interpretação destes direitos à trilha perdida do bem comum e da justiça social, revelando-se a saída mais consentânea com as origens, natureza e fins dos direitos sociais, além de única capaz de garantir real salvaguarda dos mesmos para todos os membros do grupo social.

1.2. Direitos Sociais e Deliberação Política

Do quanto até aqui exposto, tem-se que os direitos fundamentais sociais não podem ser subsumidos na fórmula clássica do direito subjetivo (enquanto entendido este em sua clássica acepção de *poder subjetivo*) sem restarem alijados de sua natureza, com o que se

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 75-76.

convertem em verdadeiros direitos individuais, perdendo o norte do bem comum que deve sempre servir de guia à sua interpretação.

Consoante destaca Cristina Queiroz, os direitos fundamentais sociais são usualmente caracterizados na literatura jurídica segundo diferentes estratégias, métodos ou técnicas de positivação, decorrentes da natureza objetiva das normas constitucionais que os consagram: como tarefas legislativas; como determinações dos fins do Estado; como tarefas constitucionais; como princípios diretivos ou como mandatos de otimização. Esta caracterização apresenta, em termos jurídico-dogmáticos, duas dimensões fundamentais: (i) os direitos sociais não garantem posições jurídico-subjetivas, dirigindo-se fundamentalmente ao Estado e a outros poderes públicos; e (ii) não obstante isto, os direitos jusfundamentais sociais constituem normas jurídicas vinculantes (dependente esta, em medida e intensidade, do maior ou menor caráter de concreção ou abstração, de determinação ou indeterminação, com que a norma restou formulada, aliada à delimitação dos destinatários).⁹⁶

No mesmo diapasão, apregoa Sarlet que as normas de direitos sociais jusfundamentais apresentam como traço característico uma baixa densidade normativa (em maior ou menor grau), ou uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, posto serem normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado ou que contêm imposições determinadas (de maior ou menor concretude) dirigidas ao legislador. Assim, afirma o autor que essas normas de direitos sociais são normas constitucionais de “cunho programático”, as quais, não obstante isto, possuem também o caráter de autênticas normas jurídicas, a exemplo de todas as normas constitucionais.⁹⁷

No caso brasileiro, foi a própria Constituição quem determinou que a eficácia destes direitos demanda o diálogo entre as esferas e os níveis do Estado⁹⁸. E ao se dizer isso não se está a afirmar que os direitos sociais são injusticiáveis – apenas se quer salientar que a forma

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 64.

⁹⁷ *A Eficácia ...*, p. 309.

⁹⁸ Veja-se, a título exemplificativo, o art. 6º da CF, consagrador, dentre outros direitos jusfundamentais sociais, do direito à saúde, cuja disciplina é remetida ao art. 196 e ss., restando determinado que, como “*direito de todos e dever do Estado*”, será garantido por meio de “*políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. No mesmo sentir é a lição de Alexy: “*Tome-se somente o direito à saúde, regulado no art. 196. Ele deve ser garantido por medidas de política social e econômica. Sem ponderação não pode ser comprovado o conteúdo rigoroso desse direito*”. (*Op. cit.*, p. 51).

desta justiciabilidade não se conforma nos padrões que, por muitas vezes, são utilizados no Brasil.⁹⁹

Os direitos sociais, consoante já exaustivamente destacado, requerem, precipuamente, uma ação positiva do Estado – uma prestação. Justamente em razão disto, a primazia para definição do *modus operandi* de sua concreção resta atrelada ao campo da política, e não do direito. Não por outra razão esses direitos são consagrados nas constituições por meio de expressões dotadas de alto grau de abstração e carga axiológica¹⁰⁰, como no caso da Carta brasileira.

Com efeito, a tarefa de definir o conteúdo dos direitos sociais é ideologizante – é questão de política, de governo – representando o consenso oriundo das instâncias democráticas. Preencher o conteúdo dos direitos sociais é, pois, uma tarefa eminentemente política, devendo prevalecer as opções e critérios determinados pela maioria democrática. E a razão de ser dessa preferência pela política radica na própria natureza social desses direitos, voltados, como já afirmado, à consecução do bem comum.¹⁰¹

O ordenamento jurídico, conforme ensina Souza Júnior, deve ser visto sob uma perspectiva teleológica. Assim, em *nível mais elevado e abstrato* se encontram os *valores jurídicos fundamentais* (*telos* do direito); em *nível intermediário* ocorre o *processo deliberativo*: a sociedade, através das instituições políticas, inspirada nos valores jurídicos fundamentais, os quais são interpretados consoante linhas ideológicas historicamente situadas, extrai, pelo diálogo, ante as situações concretas da vida, decisões que fixam normas gerais reguladoras do convívio social; em *nível concreto*, os operadores do direito (administração e judiciário) agem concretamente na sociedade.

⁹⁹ Veja-se Sarlet: “A constatação de que ao indivíduo é reconhecida, no mínimo, a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas nas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de acordo com os pressupostos e parâmetros estabelecidos em lei, é, à toda a evidência, restringir-se ao terreno da obviade. Todavia, não menos elementar (mas nem por isso menos relevante) é a constatação de que o legislador, além de obrigado a editar os atos normativos concretizadores, deve ater-se aos critérios previstos na norma constitucional. Consoante já assinalado, na primeira hipótese configura-se inconstitucionalidade por omissão, ao passo que na segunda poderia cogitar-se de inconstitucionalidade por omissão parcial, por ter o legislador desempenhado de forma insuficiente o seu encargo, situação na qual nos deparamos, em verdade, também com uma inconstitucionalidade por ação”. (*Op. cit.*, p. 332)

¹⁰⁰ Muito embora se reconheça, por vezes, a presença dessas características também em alguns direitos de liberdade, o que, todavia, não invalida, acreditamos, a conclusão obtida.

¹⁰¹ Como bem destaca Cristina Queiroz, os direitos fundamentais sociais não possuem um objeto determinado, pelo que o seu conteúdo – a prestação – deve ser fixado por lei.

Essa visão do ordenamento jurídico resulta na consagração, nos Estados contemporâneos, de uma estrutura funcional de ordenamento jurídico em que são divisíveis também três níveis: (1º) nível fundamental/do Direito Constitucional, que estabelece o quadro da organização política básica do Estado e contempla os valores jurídicos superiores, em grande parte formulados como direitos fundamentais; (2º) nível intermediário/do direito ordinário (público e privado), consistindo no conjunto das normas gerais que, frente à realidade, buscam operacionalizar os valores e os direitos fundamentais; e (3º) nível concreto/do direito judiciário, consistindo no direito realizado nos fatos da vida pelos juízes e administradores, prestando serviços e resolvendo conflitos.¹⁰²

Não se pretende aqui sustentar que os direitos de liberdade dispensem a mediação política. Contudo a *interpositio legislatoris* para estes direitos se limita a eventual restrição ou regulamentação, não ao preenchimento de seu objeto, o qual já vem perfeitamente delimitado na norma constitucional. Os direitos sociais, porém, não possuem essa mesma densidade jurídico-constitucional, pelo que, para desencadear sua eficácia plena, dependem de concreção legislativa.

Ensina Jorge Miranda que enquanto os direitos de liberdade têm um conteúdo essencialmente determinado ou determinável ao nível das normas constitucionais, o conteúdo dos direitos sociais é determinado, em maior ou menor medida, por opções do legislador ordinário, afirmando a maior densidade constitucional dos primeiros direitos com relação aos segundos:

A maior parte dos direitos, liberdades e garantias está consignada em normas constitucionais preceptivas e exequíveis por si mesmas. Alguns provêm de normas não exequíveis e o seu cabal exercício exige lei mediadora – quer dizer, ainda prestações positivas, mas de tipo normativo. Já a totalidade (ou quase totalidade) dos direitos sociais é contemplada em normas programáticas, normas que têm de ser seguidas não só de lei como de modificações económicas, sociais, administrativas e outras; e daí inevitáveis consequências quanto à sua realização.¹⁰³

Portanto, aplicar os direitos sociais diretamente do texto constitucional, a pretexto de assegurar-lhes eficácia efetiva, é suprimir um nível relevante do ordenamento jurídico,

¹⁰² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha de. *Direito Constitucional*, ..., p. 10-11.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 113.

substituindo as opções democráticas da maioria pela opção ideológica de uma única pessoa (mormente, o julgador).

E neste aspecto, exsurge a inadequação do direito para expressar, sem distorções, os conflitos políticos – característica essencial dos direitos sociais. Eliminado o nível da mediação, recai-se no totalitarismo, pois o bem comum não será aquilo que as instâncias democráticas dialogalmente acordaram, mas a opinião que o intérprete tem de bem comum, consoante a sua própria ideologia.

Importa lembrar que os valores nascem da realidade da dignidade humana e, uma vez descobertos e trabalhados pela razão, assumem uma dimensão metafísica (geral, abstrata e universal), dependendo do processo de mediação para serem re-concretizados nos fatos, pelo direito. E ao cruzarem a fronteira entre os planos, os valores deixam de ser gerais, abstratos e universais (deixam de ser valores, portanto), contaminando-se dos interesses e ideologias presentes na vida humana concreta. Destarte, os valores existem como tais unicamente no plano fundamental do ordenamento jurídico; toda a concretização, quer no plano intermediário da lei, quer no plano concreto dos fatos, implica em ideologização.

Por isso JELLINEK ensinava que os valores da Constituição não nos servem para dizer o que fazer: essa tarefa direta e imediata é ideologizante e, pois, requer necessariamente órgãos políticos de legiferação; a função dos valores é de controle (ou seja, indireta e mediata), supondo a preexistência de uma legislação a ser examinada, a ser corrigida, a ser “julgada”.¹⁰⁴

O Estado Democrático de Direito representa o equilíbrio entre o Direito e a Política, esferas que se encontram, juntamente com a Ética, no plano que Aristóteles chamou de *razão prática*¹⁰⁵. Exige, em virtude disto, um respeito aos níveis estabelecidos, pena de recair-se em inaceitável totalitarismo.

Não se pretende, com isso, pregar uma redução da pessoa humana unicamente ao seu aspecto social. Afirma-se, tão somente, que a satisfação dos interesses individuais não é

¹⁰⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha de. *Direito Constitucional*, ..., p. 13-14.

¹⁰⁵ “A razão prática opera, assim, por um silogismo prático em que a premissa ‘maior’ é o bem ou o fim contemplado, sujeito às interpretações do bem aparente; a premissa menor está nas situações de fato: a conclusão vem a ser a decisão e a ação”. (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha de. *Direito Constitucional*,..., p. 10).

finalidade imediata dos direitos sociais – existem outros direitos voltados ao bem individual, ao auto-interesse, somente esse não é o caso dos direitos sociais.

Assim, alcançar uma prestação determinada a um indivíduo determinado não é, *a priori*, dar eficácia a um direito social, visto que a satisfação do auto-interesse não é sua finalidade imediata. Esta se constitui no assegurar ao maior número possível de integrantes do grupo social a possibilidade de fruição desse direito. Mas o interesse individual pode e é alcançado de forma mediata (até porque o bem comum integra o bem individual; logo, na lógica dos direitos sociais, promover o bem comum atende, também, ao auto-interesse). Buscam os direitos sociais, dessarte, distribuir os benefícios da “vida boa” entre todos – ainda que isso venha a significar o sacrifício (lamentável, é verdade) do interesse pessoal.

Não é por outra razão que Luís Fernando Barzotto, no exemplo referido ao longo do tópico anterior, afirma que mesmo quando uma pessoa veja negado seu pedido de um medicamento específico para tratamento de sua moléstia, por não corresponder ao justo subjetivo, ainda assim seu direito social à saúde não terá sido malferido. De fato, muito embora a saúde da pessoa possa eventualmente restar afetada, o direito à saúde, como direito social, restará íntegro, uma vez que não se resume ao atendimento do auto-interesse, mas a ensinar a toda a comunidade, na medida máxima do possível, a fruição de prestações na área de saúde.

O que não é de todo admissível nem razoável é o oposto: sacrificar o interesse do grupo, o bem comum, em nome do interesse individual. Uma tal atitude contraria a própria natureza dos direitos sociais e o valor que se destinam a promover – pois todos têm direito ao bem comum.

Portanto, a prerrogativa para determinação das opções relativas aos direitos sociais é da política, através das instâncias democráticas. O papel do direito é, pela própria natureza dos direitos sociais, eminentemente subsidiário. É dos embates democráticos, dos conflitos e opções ideológicas que, uma vez obtido o consenso, restam definidas as ações concretas a serem implementadas pelo Estado com vistas ao atendimento dos direitos sociais. E a opção ideológica de um (como a do juiz) não pode pretender se sobrepor às opções ideológicas da maioria democraticamente legitimada:

Em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser de responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional.¹⁰⁶

Como destaca Sarlet, as próprias características dos direitos sociais (prestacionais) revelam direta ligação com sua relevância econômica e com a dependência da disponibilidade de recursos, pelo que necessária uma tomada de decisão por parte dos órgãos políticos legitimados, “*não se olvidando a íntima relação destes aspectos com a problemática das tarefas impostas ao Estado e a dotação orçamentária para tanto*”. Refere o autor, ainda:

(...) não deixa de ter razão quando se refere que, em muitos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional e que tenham por destinatário o Estado, se cuida de planejar o futuro, ressaltando-se sua natureza prospectiva, razão pela qual se faz necessária a tomada de decisões políticas igualmente voltadas para o futuro.¹⁰⁷

O instrumento para realização dos direitos sociais são as políticas públicas, cujo encargo de elaboração compete, preferencialmente, às esferas políticas democraticamente legitimadas – Legislativo e Governo. Preencher o conteúdo dos direitos sociais é, pois, uma tarefa da política, prevalecendo a este respeito as opções e critérios determinados pela maioria democrática.

Neste passo, entra em análise a questão tormentosa referente aos custos dos direito. Não se desconsidera que tanto os direitos sociais quanto os direitos de liberdade impõem custos ao Poder Público.

Gustavo Amaral, apoiado na doutrina de Jon Elster, salienta que a escassez é importante variável a ser considerada para a alocação de recursos, sendo entendido como escasso um determinado bem quando não há o suficiente para satisfazer a todos.¹⁰⁸

Neste diapasão, sustenta o autor fluminense que, ao passo que os recursos são escassos, sendo os meios para sua obtenção finitos (pois neste mister o Estado está limitado

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 114.

¹⁰⁷ *A Eficácia ...*, p. 306-307.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 133-134.

por diversos direitos, muitos deles também direitos fundamentais, como as garantias dos contribuintes, a proibição do confisco, etc), as necessidades públicas são infinitas ou tendentes ao infinito.¹⁰⁹

Esclarece também Ingo W. Sarlet:

É justamente neste sentido que deve ser tomada a referida ‘neutralidade’ econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade dos órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.¹¹⁰

Com efeito, um dos principais obstáculos impostos pela realidade em matéria de direitos sociais é que, não obstante todos tenham a eles direito, não se mostra possível prestar tudo a todos de uma só vez. Se as demandas são ilimitadas, os recursos não o são. É preciso, pois, ponderar valores, interesses e prioridades, sob pena de desvirtuar-se o bem comum fixado como vetor destes direitos.

As decisões alocativas de recursos são, portanto, como gizado por Amaral, disjuntivas e trágicas, importando em atender a uns e em não atender a outros.¹¹¹ Em razão disto, realizar essa ponderação é tarefa da política, por meio das instâncias democráticas (legislador e Governo), pois serão presididas por uma vasta gama de critérios (ideológicos, financeiros, técnicos, regionais, etc), emergindo como legítimas opções obtidas consoante as regras do jogo democrático.

No mesmo tom, tem-se novamente a posição de Gustavo Amaral:

(...) os intérpretes por excelência da dimensão positiva dos direitos fundamentais são o legislativo e o executivo. A alocação de recursos escassos faz-se primeiramente com o orçamento, com políticas públicas. (...).

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 108-109.

¹¹⁰ *A Eficácia ...*, p. 302.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 200 e 202.

Como já salientamos no capítulo anterior, não há um critério único que possa ser empregado para todas as decisões a serem tomadas. Há, sim, um leque de critérios e considerações que podem ser utilizados e combinados entre si. Essa característica dá à decisão teor nitidamente discricionário e político, devendo ser sindicável enquanto decisão política. O controle político se dá pelo *voto popular* e pela atuação da sociedade civil organizada.¹¹²

Os recursos públicos são, como se sabe, escassos – ainda mais em países de economia emergente como o Brasil. Em vista disto, e tendo como vetor a orientar a elaboração das políticas públicas relativas aos direitos sociais a distribuição do bem comum, do bem-estar social, impõe-se às esferas democráticas escolher de que forma serão alocados tais recursos, no intuito de melhor realizar a distribuição da justiça social.

De gizar, a este propósito, a lição de Fábio Konder Comparato:

(...) uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública. A generalidade dos autores continua a repetir, sem maior aprofundamento, que se trata de direitos a uma prestação estatal positiva, em contraste com o dever de abstenção dos Poderes Públicos, característico das liberdades individuais. Mas, como o direito a uma prestação estatal positiva supõe uma relação direta do titular com o Estado, tropeça-se, inevitavelmente, com o obstáculo pragmático de que, salvo em raras hipóteses, das quais me ocuparei mais adiante, o ordenamento jurídico não cria pretensão e ação individual do particular contra os Poderes Públicos, para a realização desses direitos. É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza.¹¹³

Com efeito, as políticas públicas objetivam a obtenção do melhor resultado possível a ser alcançado a todos os membros do grupo social (orientam-se, pois, pelo bem comum), consideradas as disponibilidades humanas, materiais e econômicas do Estado.

O estabelecimento de políticas públicas gerais e/ou setoriais é o instrumento maior do Estado para o atendimento dos direitos jusfundamentais sociais. Preenche-se, deste modo, o conteúdo dos direitos sociais, por meio do consenso democrático, elegendo as ações concretas que terão prioridades de atendimento pelo Estado.

¹¹² *Op. cit.*, p. 205-206.

¹¹³ *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos sociais e culturais*. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a Luís Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editora, 2003, p. 249.

Essas políticas públicas são expressas por meio de normas ordinárias e regulamentos administrativos que estabelecem as ações concretas em matéria de direitos sociais, objetivando o atingimento das metas traçadas pela Constituição.

Foi ao Legislativo e ao Governo a quem a Constituição confiou a primazia para escolher as prioridades para atendimento dos direitos sociais, em vista da escassez e finitude dos recursos públicos. As políticas públicas representam as legítimas opções das instâncias democráticas, fruto do consenso, determinando, com base em critérios diversos (humanos, técnicos, econômicos, regionais, ideológicos, etc.) quais as demandas afetas aos direitos sociais que terão preferência de atendimento. Determinam o que será prestado, a quem e de que forma.

Mas esta primazia das instâncias políticas não representa liberdade absoluta. Tanto o legislador quanto o administrador público estão vinculados à obrigação de estabelecer políticas públicas para atendimento dos direitos sociais, sem as quais o gozo destes direitos restaria impossibilitado de modo inadmissível. Devem fazê-lo, também, pautando-se por critérios de adequação, razoabilidade e suficiência, observadas as metas traçadas na Lei Maior e atendendo à própria finalidade dos direitos sociais de promoção do bem comum. Estas políticas públicas não representam, pois, a ausência de limites ou a liberdade descompromissada da esfera política – são, antes, a estrita observância desses limites.

As políticas públicas expressam as possibilidades do Estado para atendimento das demandas sociais. É o campo da *reserva do possível*, pois não há meio de prestar tudo a todos imediatamente. É preciso, pois, escolher as prioridades de atenção, declarar quais prestações se irá realizar, quem terá preferência, etc. Tratam-se de opções, como já gizado, legítimas, não obstante possam se revelar, do ponto de vista individual, trágicas, implicando em sacrifício do auto-interesse. Mas isso não malfero o direito jusfundamental social, apenas o interesse individual, que não poderá ser alcançado, por não corresponder aos critérios de justiça social e de bem comum.

As normas que estabelecem as políticas públicas de atendimento dos direitos sociais são, portanto, a própria expressão da *reserva do possível*, pois indicam aquelas prestações que são compromisso do Estado alcançar aos seus cidadãos. Neste aspecto, uma vez estabelecidas,

tais normas conferem verdadeiro direito subjetivo aos seus titulares, visto que o Poder Público não poderá alegar falta de recursos para atender aquelas tarefas que se comprometeu a realizar.¹¹⁴

Por outro lado, as políticas públicas delimitam o mínimo existencial do qual o indivíduo não pode ser privado, pena de comprometimento de sua dignidade, além de fixar o “*nível legalmente concretizado dos direitos sociais*”, operando sobre ele a “proibição do retrocesso social”.¹¹⁵

Não obstante, os setores da doutrina que propugnam a possibilidade de concreção direta dos direitos sociais a partir do texto constitucional afirmam que, a teor do disposto no art. 5º, §1º, da Lei maior, restou garantido a todos os direitos fundamentais a aplicabilidade imediata, interpretação esta que logrou reconhecimento, inclusive, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Tal objeção não anula a natureza das conclusões ora traçadas. Sim, todos os direitos fundamentais gozam de aplicabilidade imediata. A forma como se dará esta aplicabilidade imediata difere, no entanto, quando se trata de direitos sociais, para a quem tal imediatez estará, pela própria natureza desses direitos, vinculada a questões de impossibilidade absoluta de fruição do direito.

Destarte, na hipótese de reiterada omissão dos Poderes Públicos em estabelecer as políticas públicas indispensáveis à fruição desses direitos, ou quando, ainda que existentes tais políticas, estas se mostrem absolutamente inadequadas ou insuficientes para o atingimento dos propósitos insculpidos na Carta, consoante critérios de razoabilidade (sob a forma de

¹¹⁴ Exceção deve ser feita em caso de justo impedimento, do qual é exemplo a escassez mundial de matéria-prima para a fabricação de medicamento dispensado pelo ente público. Nesta hipótese, porém, caberá à Administração adotar todas as medidas alternativas necessárias, com vistas à preservação do direito social afetado.

¹¹⁵ “Concretamente, a ‘proibição do retrocesso social’ determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador não pode depois eliminá-las sem ‘alternativas’ ou ‘compensações’. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma ‘lei de proteção’ (*Schutzgesetz*), a ação do Estado, que se consubstanciava num ‘dever de legislar’, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei. Do outro, a garantia de uma proteção efectiva do direito jusfundamental não resulta criada a partir da legislação, antes esse âmbito de proteção vem garantido através da actuação dessa legislação. Nisto consiste o ‘dever de proteção’ jurídico-constitucional, que deve ser pressuposto quer pela administração pública quer pelo poder judicial”. (QUEIROZ, Cristina. *Op. cit.*, p. 103-104).

proibição da insuficiência), então os direitos sociais revelarão sua dimensão de defesa, requerendo aplicabilidade imediata, diretamente a partir da norma constitucional.

A aplicabilidade imediata das normas consagradoras de direitos sociais opera, pois, de forma subsidiária, na dimensão de defesa destes direitos, sempre que impossibilitado o indivíduo, injustificadamente, de fruir dos mesmos, com o que se convertem em verdadeiros direitos em face do Estado.

Fora destas hipóteses, o regime democrático de nosso Estado de Direito Constitucional não admite a supressão da instância deliberativa, sendo antidemocrática e irracional a concreção dos direitos sociais apartada de sua dimensão primordial (a promoção do bem comum) – pois todos os membros do grupo social têm direito a usufruir da vida boa, não apenas aqueles que batem às portas do Judiciário.

Nesse sentir, cumpre rever a afirmação de que as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais não podem ser entendidas como “meramente” programáticas. Estas normas não são “meramente” programáticas – são programáticas porque não prescindem das legítimas opções políticas oriundas das instâncias deliberativas democraticamente legitimadas para determinação das ações concretas necessárias à implementação dos direitos sociais; porque dependem do estabelecimento de políticas públicas que representam as legítimas opções que organizarão a fruição desses direitos por todo o corpo social, e não apenas por alguns.

Dizer que as normas de direitos sociais são “meramente” programáticas é diminuir indevidamente a relevância da esfera política, supervalorizando a do direito – o que resulta, ao fim e ao cabo, numa dominação da primeira pelo segundo, culminando em “totalitarismo jurídico”. E ao assim proceder, a política nada terá a ganhar, mas o direito, tudo a perder.

2. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

A fragilidade das instituições nacionais talvez possa explicar a subversão jurídica que se operou no Brasil em matéria de direitos sociais. Cético diante de um Estado por muitas vezes inoperante, cumulando indevidamente, em um só órgão, as funções de chefia de Estado e de Governo, além de desiludido pela crise ética que assolou o cotidiano das casas parlamentares e chamado a decidir pela sociedade, setores do Poder Judiciário assumiram o papel de “campeões da cidadania”¹¹⁶, determinando como, quando e de que forma os direitos sociais seriam implementados. Mas ao fazê-lo, restaram inteiramente descomprometidos com qualquer critério razoável de organização e distribuição dos recursos e de estabelecimento de metas e prioridades.

Neste passo, identifica Souza Junior o que denomina de “fator institucional do equívoco”: no nível político, a fusão dos três níveis de funções (Estado, Governo e Administração) em um único órgão unipessoal – o Poder Executivo; e no nível do direito, a fusão, no mesmo órgão – o Poder Judiciário – da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional (monismo jurisdicional).¹¹⁷

O primeiro aspecto, muito embora de grande relevância, não pode ser adequadamente tratado na presente pesquisa. Já o segundo, apresenta vinculação estreita com o tema dos direitos jusfundamentais sociais.

Com efeito, foi do âmbito dos gabinetes dos juízes de jurisdição ordinária que teve origem a desconsideração pelos níveis do ordenamento jurídico e pelas instâncias do Estado Democrático de Direito plasmadas na Lei Maior, a qual, pela dualidade de funções exercida também pelo Supremo Tribunal brasileiro (de jurisdição ordinária e de Tribunal Constitucional) restou por contaminar as decisões da mais alta instância judicial do país.

¹¹⁶ “Esses fatores históricos e sociológicos causaram uma legitimação popular à intervenção do Judiciário em decisões da Administração e do Legislativo, bem como deu a algum de seus membros certa sensação de ‘campeões da cidadania’, isso tudo associado a um pré-conceito de que as decisões governamentais, executivas ou legislativas, não tinham a coisa pública e o bem comum em tão elevada conta quanto deveriam”. (In: AMARAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 21).

¹¹⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha de. *Direito Constitucional*, ..., p. 13.

A pretexto de realizarem verdadeira justiça, os juízes do caso concreto passaram a ditar as regras relativamente à aplicação dos recursos públicos em questão de direitos sociais (particularmente no caso do direito à saúde), cada qual conforme sua própria ideologia e convicção e, no mais das vezes, de modo absolutamente conflitante. Via de regra, o enfoque é desviado para a proteção do direito à vida, como modo de justificar a utilização do regime próprio dos direitos de liberdade aos direitos sociais.

Excelente retrato desta situação foi apresentado na reportagem “*Saúde na mão de Juízes*”, publicada no jornal Zero Hora de 17 de agosto de 2008, na qual é relatada a dificuldade enfrentada por uma médica do sistema estadual de saúde que, tendo um fígado disponível para transplante, se via diante de duas liminares garantindo a dois pacientes a preferência pelo mesmo órgão. Mais adiante é relatada a situação do Coordenador do Centro de Dependência Química do Hospital Parque Belém, em Porto Alegre/RS, que convive com a constante ameaça de prisão em razão das cerca de cinco liminares diárias de internação que chegam à instituição, ocasionando ao médico, também, um dilema ético decorrente da superlotação e colocando em risco a integridade física do próprio autor da ação, assim como a dos demais internados.¹¹⁸

Esse ativismo judicial que tomou conta dos tribunais, defendendo a aplicabilidade direta dos direitos sociais diretamente a partir do texto constitucional, subsumindo-os à formulação clássica dos direitos subjetivos e ignorando, por completo, a natureza, o objeto e a função desses direitos, têm imposto um regime que emperra o regular funcionamento do Estado.

A concepção desta jurisdição ordinária “neo-alternativa” prega o dever do Estado de alcançar as prestações sociais reclamadas por todos aqueles que batem às portas do Judiciário, tratando os direitos sociais como verdadeiros direitos de crédito de que os cidadãos seriam titulares e que têm como devedor, sempre, o Poder Público.

A necessidade de organização das políticas públicas para atender as demandas sociais com vistas à consecução do bem comum é encarada, no mais das vezes, como mera falácia

¹¹⁸ Texto da reportagem obtido no sítio <http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora>, em 24/09/2008.

desprovida de qualquer fundamento. O Estado, assim, não presta os direitos sociais demandados porque não quer, é sempre o “vilão”.

É o quanto salienta Gustavo Amaral, afirmando que “(...) a jurisprudência brasileira tende a não ver a questão de escassez de recursos, seja presumindo que haja recursos, seja tendo por imoral qualquer consideração orçamentária”.¹¹⁹

Essa interpretação deu margem a um abarrotamento do Poder Judiciário com um sem-número de demandas requerendo prestações materiais do Estado com base, tão somente, na afirmação da necessidade de satisfação pessoal. Muito embora não existam dados oficiais precisos, estima-se que o Estado do Rio Grande do Sul conviva, nos últimos dois anos, com cerca de 48 mil ações em matéria de saúde.¹²⁰ O bem comum, a realização da justiça social, foi esquecida, alijada do processo. O que importa é que o demandante seja internado no nosocômio às custas do ente público, não interessando se, para isso, aquele que observou os regramentos e aguardou sua vez terá que ser retirado para dar lugar ao que “furou a fila”.

A pretexto de se “humanizar” a justiça, esta se tornou o reduto maior do liberalismo individualista, onde o que interessa é o meu direito, pouco importando as conseqüências que isto irá acarretar na satisfação do direito dos demais.

Neste sentir, merece destaque o alerta de Cláudio Ari Mello:

Sem embargo, mesmo um judiciário ativista não pode adotar uma atitude de onipotência em relação aos complexos fatores envolvidos na satisfação das prestações sociais. Por isso, cabe à teoria constitucional propor fundamentos e sugestões que permitam uma relação equilibrada entre tutela judicial dos direitos e a preservação das competências de planejamento e estratégia dos órgãos de direção política do Estado.¹²¹

As conseqüências nefastas deste ativismo judicial para o Estado Democrático de Direito para a organização das políticas públicas e o atendimento das demandas sociais são por demais conhecidas, tendo sido gastos no Rio Grande do Sul, em 2008, cerca de 150

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 173.

¹²⁰ Números apresentados na já citada reportagem “A Saúde na mão de Juízes”.

¹²¹ *Op. cit.*, p. 171.

milhões de reais com o atendimento de ações judiciais – cerca de um terço do total de recursos do orçamento estadual destinado à saúde.¹²²

Impõe-se, dessarte, estancar a sangria enquanto ainda há tempo, pois o colapso é iminente. É preciso adotar uma atitude de reconhecimento e respeito aos mecanismos democráticos para a determinação da fruição dos direitos sociais, pena de, a pretexto de salvarem-se alguns, morrermos todos.

2.1. A controvérsia da justiciabilidade dos direitos sociais fundamentais

A objeção mais comum dos defensores da subjetivação tradicional dos direitos sociais é de que a concreção dos mesmos não pode ficar ao livre arbítrio do legislador e da Administração. Sustentam, outrossim, que os impedimentos apontados a uma concepção subjetiva de direitos sociais, como se direitos de liberdade fossem, radica em questões meramente políticas e não técnicas, resultando em uma visão liberal da teoria jurídica dos direitos fundamentais.

A primeira objeção pode ser racionalmente afastada, visto que, não obstante o preenchimento do conteúdo dos direitos sociais (a determinação de qual prestação será alcançada a quem e de que modo) seja, em grande medida, atribuída pela Constituição ao legislador e ao administrador, as normas consagradoras de direitos sociais fixam limites a esta atuação, determinando a adoção de medidas que se coadunem e correspondam (segundo critérios de razoabilidade) às metas e objetivos traçados no Texto.

Assim, o legislador terá que elaborar as normas que regularão os direitos sociais e estas deverão ser adequadas aos fins insculpidos na Carta, quer os gerais (dignidade da pessoa humana e bem comum), quer os específicos de cada direito social (redução do risco de doença e outros agravos, acesso igualitário, etc).

Não há recursos para prestar tudo a todos ao mesmo tempo. Em razão disto, é preciso escolher, eleger prioridades. Neste sentir, a única justificativa lógica para a supressão da

¹²² Dados obtidos na reportagem “*Aumento no gasto do governo em remédios é investigado*”, publicada no jornal Zero Hora de 22 de agosto de 2008, tendo o texto sido obtido no sítio http://zerohora.clicrbs.com.br/zero_hora em 24/09/2008.

mediação seria a desnecessidade de realizar escolhas, em face da possibilidade de identificação, de plano, do conteúdo e dos destinatários do direito. E isto não se verifica no caso dos direitos sociais, consoante já demonstrado.

Se não há como atender a todos em igual medida ao mesmo tempo, então é preciso escolher: optar pela prevenção da mortalidade infantil; pelo uso de medicamentos genéricos; pelo tratamento de doenças com maior possibilidade de cura, pela prioridade de atenção a idosos e a crianças, de pobres em relação aos de melhores condições econômicas, etc. Essas decisões resultam do cotejo de uma vasta gama de critérios, desde os puramente ideológicos até os eminentemente técnicos, científicos e até econômicos. Representam a afirmação do que o Estado pode fazer, a quem pode atender e de que forma.

Dada sua natureza de escolhas, impõe-se que a responsabilidade de realizá-las seja confiada, preferencialmente, a quem esteja dotado de maiores elementos capazes de conduzir a uma opção justa, consoante os critérios de distribuição da justiça social e de bem comum. Esta a razão da preferência conferida pela Constituição à concreção dos direitos sociais mediante a atuação da mediação política, pois Legislativo e Executivo são os que possuem os dados mais amplos, mais completos; são os que conseguem enxergar as demandas sociais do ponto de vista mais abrangente (o do bem comum), identificando as áreas de maior necessidade e estrategicamente prioritárias.

O juiz do caso concreto não logra uma tal percepção dessas demandas. Seu ponto de vista será sempre o individual, o do demandante. Não tem acesso – até porque verdadeiramente impensável realizar o cotejo, a cada ação isolada, do conjunto de razões que determinou aquela escolha determinada (a par de carecer de legitimidade democrática para tanto). Desta feita, ao determinar seja alcançada pelo Estado a um indivíduo determinado uma prestação material determinada, não contemplada nas políticas públicas, o juiz aplica uma noção privatista de direito subjetivo, tratando o direito social como se direito de crédito fosse (satisfação do auto-interesse), restando por violar o mesmo direito jusfundamental social que afirma proteger, agora correspondente ao dos demais integrantes do corpo social que não integraram a lide proposta.

Ademais, substitui a deliberação das instâncias democráticas na determinação das prestações que razoavelmente se poderia exigir do Estado (bem comum dialogalmente

acordado) pela sua própria concepção de bem, eminentemente limitada pelo desconhecimento acerca das razões que conduziram àquela tomada de decisão.

A este propósito, esclarece Ana Paula de Barcellos:

(...) o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* – o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.¹²³

A consequência, na sociedade, dessa supressão da instância política pelo direito é o sentimento de injustiça, pois a decisão judicial representa um privilégio indevido, um “furar a fila”, acarretando uma avalanche de demandas em busca do mesmo privilégio – afinal, porque aquele que buscou o Judiciário teria mais direito do que aquele que, em idênticas condições de saúde, buscou a realização de seu direito pelas vias ordinárias? Daquele que espera na fila dos transplantes para doação, na fila do hospital para tratamento, na da farmácia pública para obtenção do medicamento? Neste particular mostra-se a verdadeira face das tutelas de urgência que são concedidas em matéria de direitos sociais, em especial de direito à saúde: embora atendam ao interesse de quem a postula em juízo, retiram “o pão da boca” daqueles que, por qualquer razão, não recorreram às barras dos tribunais.¹²⁴

¹²³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Revista de Direito do Estado n.º 3, 2006, p. 32.

¹²⁴ Situação paradigmática que não é desconhecida por aqueles que militam na área da “judicialização da saúde” é a situação do administrador hospitalar que, frente à ordem judicial que o compele a efetuar a internação de determinada pessoa em sua Unidade de Tratamento Intensivo (UTI), se vê diante do dilema de, em vista da falta de leitos, ter que escolher qual paciente terá que sair para que o beneficiário da ordem possa ingressar. E ante a impossibilidade humana de realizar tal escolha, a solução pragmática acaba sendo a superlotação do setor, comprometendo, então, o atendimento de todos os pacientes internados.

Assim, se é certo que as decisões políticas podem resultar em equívocos, também as judiciais não são infensas a erros; se a política faz “vítimas”, também o faz o direito. Ademais, sendo voltadas ao atendimento do interesse individual, as decisões judiciais representam, no mais das vezes, desperdício de recursos, que acabam sendo mal utilizados (ou subutilizados) em detrimento do interesse social. O fato das escolhas serem repassadas ao juiz não elimina, portanto, a possibilidade de erro, antes a agrava, pois o julgador não tem racionalidade técnica.

Veja-se o quanto salientado por Gustavo Amaral:

Nesses casos de conflito entre critérios adotados numa ótica de microjustiça e critérios adotados numa ótica de macrojustiça temos um somatório de escolhas individuais racionais que produzem um resultado coletivo irracional.¹²⁵

Giza o autor, ainda, a posição de José Reinaldo Lima Lopes:

(...) a prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.¹²⁶

A preferência da esfera política, estabelecida pela Constituição, para preenchimento do conteúdo objetivo dos direitos sociais é justamente esta. O direito (mormente o Judiciário) não deve ter que realizar essas escolhas, as quais requerem o consenso acerca do como gerir as demandas sociais como um todo, não prescindindo de uma ótica mais abrangente, que o direito não pode dar.

A este propósito, afirma Cláudio Ari Mello:

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 175.

¹²⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. (In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. Org. José Eduardo Faria). São Paulo: Malheiros, 1998, p. 131. *Apud in* AMARAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 212.

Os direitos fundamentais são direitos morais, ou seja, direitos que expressam imediatamente valores morais escolhidos pela soberania popular no exercício do poder constituinte. No entanto, como raramente os direitos fundamentais possuem densidade normativa suficiente já no próprio texto constitucional, a necessidade de especificar seu conteúdo normativo para conferir-lhes eficácia jurídica exige a interposição de uma instituição concretizadora. Nos Estados modernos, essa tarefa pode ser executada por qualquer um dos três poderes. Todavia, o fato de que as comunidades políticas contemplam uma pluralidade de concepções morais sobre os mesmos valores acolhidos nos direitos fundamentais, e a circunstância de que existe um desacordo razoável entre as concepções ou opiniões individuais exige que a instituição responsável pelas decisões sobre o conteúdo jurídico concreto dos direitos fundamentais funcione de tal modo, que as diferentes concepções morais possam realmente influir nas discussões e deliberações destinadas a concretizar os direitos. Ou seja, a preferência pela *interpositio legislatoris* em relação, por exemplo, à *interpositio jurisdictionis*, é uma preferência racional resultante de circunstâncias inerentes à confluência entre direitos fundamentais e princípio democrático em um mesmo modelo de Estado. Portanto, a razão de ser do princípio da deferência judicial às decisões legislativas não é apenas uma imposição da idéia geral de democracia, mas é também o dever de respeito a uma instituição mais bem aparelhada para expressar o fato do pluralismo moral e a circunstância do desacordo razoável entre concepções individuais.¹²⁷

Se os direitos sociais não requeressem a mediação política para sua concretização, podendo ser demandados como direitos subjetivos típicos unicamente a partir da norma constitucional, então, para preservar a igualdade material, todos teriam que demandar os direitos sociais em juízo, pena de indevido privilégio aos que ingressaram no Poder Judiciário em relação aos demais.

E se assim fosse, então o direito abarcaria tudo, sendo a política inteiramente dispensável. Aos juízes incumbiria, então, a tarefa de alocar os recursos para atender às demandas sociais, limitando-se os demais Poderes a repassar os recursos da forma ordenada. Mas, então, seria de se perguntar: e quem iria fiscalizar o Judiciário? Quem iria julgar se os recursos estão sendo alocados de forma razoável, eficiente e suficiente? O próprio Judiciário, em exercício de controle interno? E onde residiria a legitimidade democrática do Judiciário para fazer essa alocação de recursos? Qual a utilidade, então, dos partidos políticos e da democracia? Para que eleições? Melhor um Estado judicial, então.

Os absurdos que a adoção desta concepção exacerbada da função judicial na concreção dos direitos sociais não são desconhecidos por aqueles que a apregoam, muitos dos quais

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 156.

luminares do pensamento jurídico nacional e alienígena; apenas não são ressaltados, pois capazes de evidenciar o despropósito do acatamento da mesma.

A este propósito, a lição do publicista Cezar Saldanha de Souza Junior:

Falta totalmente a essa corrente a compreensão de que o fundamento do direito (a dignidade da pessoa humana, com todos os seus valores) não foi pendurado por uma vontade política do constituinte no ápice da pirâmide jurídica, para de lá ditar seus comandos. O fundamento do direito está, isso sim, nos alicerces do ordenamento, ou seja, na realidade ontológica da pessoa, da família e da vida social ordinária. Daí vai subindo, em instâncias críticas e de diálogo, pela via do direito legislado, até a cúpula do ordenamento, de onde, enriquecido e descortinado o todo, pode realimentar o diálogo circular hermenêutico, que recomeça nas bases do ordenamento.¹²⁸

É preciso que se faça uma leitura da função judicial consentânea com a natureza de Estado Democrático de Direito em que nos inserimos. O papel da política na concreção dos direitos sociais lhe foi atribuído pela própria Constituição e decorre da própria natureza social destes direitos. É preciso não minimizar a relevância do papel desempenhado pelo nível de mediação, em prol de uma indevida supervalorização da função jurídica. No equilíbrio é que se encontra a virtude.

Ademais, é preciso recolocar os direitos sociais na trilha esquecida do bem comum, propósito maior a que se destinam, e retirar-lhes a feição individualista e liberal que hoje os domina. E com isso já é possível rechaçar a segunda objeção: a questão é técnica porque afeta ao regular funcionamento da democracia e do Estado de Direito, tal qual determinado na Lei Maior; é técnica porque umbilicalmente relacionada com a natureza, a estrutura, o objeto e as finalidades dos direitos sociais enquanto direitos jusfundamentais. Mas também é política - política em prol da realização do bem comum e da justiça social; política em nome da redução das desigualdades, do acesso universal.

Liberal e individualista é a visão daqueles que, a pretexto de fazer justiça, satisfazem unicamente o interesse individual, concebendo o homem como nos idos de Rousseau, apartado do grupo social, em estado de natureza, retirando-lhe, assim, feição importante de sua dignidade: o reconhecimento da dignidade humana no outro.

¹²⁸ *Direito Constitucional, ...*, p. 12.

2.2. A relevância do papel judicial

Do quanto exposto até aqui, não se pretende sugerir que o Poder Judiciário deva ser alijado de qualquer participação na concreção dos direitos jusfundamentais sociais ou que os direitos sociais sejam absolutamente injusticiáveis. Assim como a importância da política não pode ser minimizada em um Estado Democrático de Direito, tão pouco o pode ser a função judicial. O que se busca é alertar para os exageros que vem sendo perpetrados nesta seara, resultando na dominação da política pelo direito e em inadmissível “totalitarismo jurídico”.

Veja-se o alerta Cláudio Ari Mello:

Uma teoria da justiciabilidade dos direitos fundamentais, tanto dos direitos liberais, como dos direitos sociais, não pode ser indiferente às implicações democráticas para o sistema de direitos que resulta do paradigma da democracia constitucional.¹²⁹

O bem comum é um dos valores de maior relevo da democracia. E a democracia brasileira que foi concebida pela Constituição se instrumentaliza através de um Estado que não é nem só de Direito nem só Democrático: é o resultado do equilíbrio entre os dois. Com efeito, como ressalta Luís Roberto Barroso, o Estado Democrático de Direito instituído pelo art. 1º da Lei Fundamental brasileira representa a síntese histórica dos conceitos de constitucionalismo e de democracia – o primeiro significando, em essência, a limitação do poder e o respeito aos direitos fundamentais; a segunda, a soberania popular e o governo da maioria.¹³⁰

A tensão decorrente da concreção dos direitos fundamentais (em particular os sociais, de cunho prestacional) e a democracia se exaspera em Estados que, a exemplo do Brasil, apresentam a cumulação da jurisdição ordinária com a jurisdição constitucional, revelando-se verdadeiro entrave à eficácia dos direitos fundamentais e à preservação de respeito aos níveis do Estado Democrático de Direito.

Consoante destacado por R. Alexy, a relação entre os direitos fundamentais e a democracia é caracterizada por uma contradição: a de que os direitos fundamentais são, a um

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 147.

¹³⁰ *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Ano IX – 2007 – nº 46. Editora Fórum.

só tempo, democráticos e não-democráticos. São democráticos porque asseguram o desenvolvimento e a existência de pessoas que são capazes de manter o processo democrático (por meio da garantia dos direitos de liberdade e igualdade) e porque asseguram as condições funcionais do processo democrático (por meio da garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, além do direito eleitoral e das demais liberdades políticas). São também não-democráticos porque desconfiam do processo democrático, subtraindo poderes de decisão da maioria parlamentar legitimada, por meio da vinculação também do dador de leis.

Refere ainda o doutrinador germânico que “*a jurisdição constitucional é expressão preferencial e de hierarquia mais elevada da constituição e, com isso, também dos direitos fundamentais diante e perante a dação de lei parlamentar ordinária*”.¹³¹

No caso brasileiro, a jurisdição constitucional se vê embrulhada na jurisdição ordinária. Assim, salvo nos casos do controle direto, a declaração de inconstitucionalidade (*in concreto*) pode ser efetuada por qualquer julgador, em qualquer processo, ao longo de todo o território nacional. E isso enfraquece a jurisdição constitucional, que se vê mais vulnerável aos anseios interpretativos mais exacerbados, além de tornar mais difícil o exercício adequado da ponderação¹³², imprescindível em matéria constitucional.

Com efeito, sobrecarregados com um número impressionante de demandas, os julgadores ordinários ainda têm de cumular as funções de juízes constitucionais. Com isso, a importância da matéria constitucional se esvai, em prol de uma concreção que não se direciona ao bem comum, mas em atender o direito individualmente buscado. Aduz-se a isto a circunstância de que, por definição, a questão constitucional surge na jurisdição ordinária como mero incidente, não sendo o objeto da ação (por isso fala a doutrina em controle incidental de constitucionalidade).

Destarte, a jurisdição constitucional não prescinde, para adequado tratamento dos direitos fundamentais, mormente também dos direitos jusfundamentais sociais, de um

¹³¹ *Op. cit.*, p. 162.

¹³² Consoante Alexy, a estrutura da ponderação se decompõe em três passos ou graus: (i) comprovação do grau do não-cumprimento ou prejuízo do primeiro princípio; (ii) comprovação do grau de importância do cumprimento do princípio contrário e (iii) se a importância do cumprimento do segundo princípio justifica o prejuízo ou não-cumprimento do primeiro (*Op. cit.*, p. 158).

verdadeiro tribunal constitucional¹³³. Este, a exemplo das instâncias políticas, elabora, em matéria de interpretação dos direitos fundamentais (e muito mais quando referentes a direitos sociais), decisões voltadas imediatamente ao bem comum. A ponderação que efetua é mais racional, sopesando valores e princípios considerados abstratamente, buscando sua correspondência com o *telos* do Estado. Ademais, o tribunal constitucional tem acesso às razões que conduzem a uma determinada tomada de posição política. Pode, em razão disto, ponderá-las adequadamente a fim de verificar sua adequação com os valores expressos na Carta Política. Do mesmo modo, tem melhores condições de avaliar as conseqüências de uma determinada concreção, o que poderá influir no processo racional de tomada de decisão.

É o quanto elucida Alexy acerca da extrema importância da jurisdição constitucional na interpretação dos direitos fundamentais:

A força explosiva da interpretação constitucional resulta dos três extremos primeiro mencionados, do grau de hierarquia extremo, da força de imposição extrema e do conteúdo extremamente importante. Quem consegue, o tribunal, que decide, ao fim e ao cabo, sobre a constitucionalidade e com isso – independente de sua designação – cumpre a tarefa de um tribunal constitucional, convencer de sua concepção sobre a interpretação dos direitos fundamentais obteve o que, no processo político ordinário, é não-obtenível: ele transformou sua concepção sobre coisas sociais e políticas, extremamente importantes, praticamente, em componentes da constituição e, com isso, tomou da ordem do dia política. Uma maioria parlamentar simples, então, nada mais pode conseguir. Somente o próprio tribunal constitucional ou a maioria qualificada cada vez exigida para modificações da constituição, podem, então, ainda modificar a situação. Tudo isso explica porque em todos os estados, dotados com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional, sobre a interpretação dos direitos fundamentais, não só é refletido com calma, mas também ligado na arena política. Pode falar-se de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais. Juiz arbitral, nessa luta, porém, não é o povo, mas o tribunal constitucional respectivo.¹³⁴

Destarte, a ponderação realizada pelo tribunal constitucional não pode sequer ser comparada à mera subsunção que se opera em matéria de direitos sociais na realidade judicial brasileira contemporânea. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, não obstante a relevância das funções que desempenha, por se encontrar também investido das jurisdições cumuladas, igualmente não goza do *status* e da legitimidade democrática de verdadeiro tribunal constitucional.

¹³³ Sobre o papel do tribunal constitucional no Estado Democrático de Direito ver SOUZA JUNIOR. Cezar Saldanha de. *O Tribunal Constitucional como poder*. Porto Alegre: Fabris Ed.

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 51.

Não é de causar espécie, portanto, que as questões atinentes à concreção dos direitos sociais acabem gerando grande tensão entre os três Poderes do Estado, dada a ausência, entre nós, de um verdadeiro tribunal constitucional. A impossibilidade de adequado tratamento da matéria constitucional, quanto mais dos direitos fundamentais, pela jurisdição ordinária, leva à institucionalização de equívocos que emperram o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Destarte, a luta pela eficácia real dos direitos sociais no Brasil é hoje, também, a luta pelo tribunal constitucional.

A par disto, e considerando unicamente a realidade constitucional brasileira atual, impõe reconhecer que todos os Poderes do Estado exercem importante papel na concreção dos direitos fundamentais. A preferência para o preenchimento do conteúdo objetivo dos direitos jusfundamentais sociais (determinação da prestação), é das instâncias políticas democraticamente legitimadas – Legislativo e Executivo. Entretanto, isto não significa alijar o Judiciário do processo. Todavia, no mister de efetuar o controle de constitucionalidade dos direitos sociais, impõe-se ao Poder Judiciário, no dizer de Cláudio Ari Mello, a adoção de duas posturas em relação aos órgãos e processos de representação da soberania popular: (i) de deferência judicial às decisões dos órgãos de direção política do Estado; e (ii) de garantia e fortalecimento judicial do regime democrático. E as define o autor:

A deferência judicial atua no plano da interpretação e da aplicação da constituição e significa respeito pelas competências de concretização parlamentar – e eventualmente administrativa – das normas constitucionais e pelo espaço de liberdade de que deve gozar o legislador – e o administrador – na definição dos conteúdos e dos limites dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

(...)

Mas além de respeitar a liberdade de concretização constitucional do legislador, que justifica a deferência judicial como um mecanismo de auto-restrição judicial no exercício da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade, deve *valorizar e fortalecer* a própria democracia, ou seja, deve interpretar e aplicar a constituição de modo a ampliar e garantir a democracia deliberativa.

Acresce Ari Mello que, em seu papel de guardiões da constituição, os juízes da democracia constitucional são os artífices da virtude fundamental das democracias constitucionais – o equilíbrio entre seus elementos constitutivos - não sendo lhes sendo possível nem se omitirem e tolerarem inaceitável soberania parlamentar indiferente ao programa constitucional nem reclamarem o monopólio da interpretação constitucional a fim

de impor uma supremacia judicial. Neste mister, devem os juízes constitucionais desenvolver duas virtudes, que sintetizam as posições antes destacadas: a virtude dialógica e a virtude da modéstia.

A virtude dialógica diz respeito ao papel desempenhado pelos juízes como co-responsáveis pela construção do sentido dos valores constitucionais. A virtude da modéstia, por sua vez, pertine à necessidade do exercício de auto-restrição judicial¹³⁵ em favor da legitimidade democrática dos órgãos de direção política do Estado:

Se o equilíbrio da democracia constitucional recai sobre o Poder Judiciário e se compete aos juízes a missão de garantir a concretização do programa constitucional e principalmente do sistema dos direitos fundamentais, eles não podem identificar nessa competência um poder ilimitado e incontestável. (...) A jurisdição constitucional deve necessariamente articular ativismo com moderação, mesmo que em determinadas circunstâncias históricas e em determinados contextos pareça ser recomendável o ativismo.¹³⁶

No mesmo diapasão, sustenta Gustavo Amaral:

(...) a decisão judicial para o indivíduo deve ser sempre circunstancial, respeitando, assim, a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e seu reflexo necessário sobre as concepções que tem sobre suas necessidades e deficiência na coleta de informações que é inerente ao procedimento judicial. Com decisões *para o caso concreto* e não para a generalidade dos casos, como se tem visto nas decisões relacionadas à saúde, mantém-se a flexibilidade para o futuro, o que é uma virtude notável no que diz respeito à saúde, onde a evolução dos tratamentos torna o quadro sempre mutante.¹³⁷

A chave para a solução da controvérsia envolvendo a concretização dos direitos sociais reside, portanto, no perfeito conhecimento, por parte de cada um dos atores constitucionais, do papel que cumprem desempenhar, assim como do reconhecimento e respeito pelo papel do outro.

Neste sentir, a falta da “virtude da modéstia” tem se revelado uma constante na atuação do Poder Judiciário em matéria de direitos sociais, reduzindo até a quase supressão os

¹³⁵ Não é objetivo do presente estudo adentrar no exame da doutrina acerca da auto-restrição judicial. Pela própria abrangência e complexidade do tema, seu tratamento, aqui, se revela inadequado.

¹³⁶ *Op. cit.*, p. 199-201.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 209.

espaços políticos do Estado Democrático de Direito. A isto se alia a carência institucional de um verdadeiro tribunal constitucional para o trato das questões afetas aos direitos fundamentais.

Diante de tal quadro, exige-se hoje dos juízes um verdadeiro compromisso de lealdade para com o Estado Democrático de Direito. Este compromisso representa a única forma de se assegurar uma jurisdição constitucional harmônica e efetiva, bem como uma eficiente tutela dos direitos sociais, evitando, repudiando e reprimindo qualquer postura que redunde em supremacia judicial em detrimento do equilíbrio indispensável ao regular funcionamento democrático.

III - O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

1. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O Brasil experimenta, em matéria de judicialização do direito fundamental à saúde, um processo autofágico.

Centrados em uma interpretação equivocada da Constituição Federal e que resulta, ao fim e ao cabo, na ingerência direta do Judiciário nas finanças dos entes públicos, os operadores do direito convivem atualmente com um sem-número de ações que abarrotam as cortes de todo o país buscando o fornecimento dos mais diversos itens em matéria de saúde, entre remédios, suplementos alimentares, tratamentos, exames e bens diversos. O resultado final é um dos maiores atentados ao regular funcionamento do Estado Democrático de Direito e à sobrevivência das instituições democráticas nacionais.

Advogados e julgadores fundamentam a pertinência da condenação dos entes públicos à prestação de todo e qualquer pleito em matéria de saúde em uma incompleta leitura da norma constitucional, bem como na afirmação da aplicabilidade direta do direito a partir unicamente da Lei Maior, como meio de realização da promessa constitucional de prestação universal do direito à saúde.

Todavia, impõe reconhecer que se o art. 196 da Carta da República, **em sua primeira parte**, dispõe que “*A saúde é direito de todos e dever do Estado*”, a própria Constituição esclarece a forma como se dará a prestação do referido direito, ao estatuir, em sua segunda parte, que o mesmo será “**garantido mediante políticas sociais e econômicas** que visem à *redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Como bem enfatiza Luís Roberto Barroso, o sistema já está a apresentar sintomas de que pode morrer da “cura”, por força do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos:

Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento.¹³⁸

Com efeito, na maioria destas demandas, avultam como características principais o pedido de medicamentos ou prestações outras que se encontram fora das listagens obrigatórias insertas na legislação infraconstitucional de cada ente público, a requisição de antecipação dos efeitos da tutela e a fixação, já por ocasião do despacho inicial que a defere, de multa-diária e/ou seqüestro de verbas públicas.

O resultado prático desta interpretação é um verdadeiro colapso do sistema. Não é verificado se a parte requerente efetivamente não possui condições de custear o tratamento requerido; se o medicamento ou prestação solicitada se encontra previsto na legislação como de responsabilidade do ente público demandado; se o medicamento ou prestação possui pertinência terapêutica para a moléstia afirmada; dentre outros absurdos, resultando em gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional e administrativa.¹³⁹

Diante desta realidade, é preciso reconhecer que existem critérios normativos (constitucionais e infraconstitucionais) para a prestação do direito fundamental à saúde, pena de subverter-se a ordem constitucional, inviabilizar-se os orçamentos públicos na área e comprometer-se, em definitivo, a própria fruição do direito à saúde por aqueles que dele mais necessitam.

Para este desiderato, cumpre analisar a natureza do direito fundamental à saúde desapegado do emocionalismo fácil e do discurso inflamatório que têm presidido a sua aplicação até o momento.¹⁴⁰ Contribuir para a solução do problema, no cenário contemporâneo, passa forçosamente pela racionalização do tema.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 04

¹³⁹ *Idem.*

¹⁴⁰ E esta atitude de reflexão jurídica não se mostra na contramão da interpretação constitucional, visto que os tribunais pátrios, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do próprio Supremo Tribunal Federal já vêm, em diversos julgados, revelando preocupação com a “indústria das ações de medicamentos”, reconhecendo limites legais e práticos para a prestação do direito à saúde, muito embora ainda de forma incipiente. A título exemplificativo, vejam-se os seguintes julgados do Tribunal de Justiça gaúcho: Agravo de Instrumento nº 70018988576, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil

Em verdade, como adverte com propriedade Luís Roberto Barroso, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta questão.¹⁴¹

1.1. Noções Preliminares

O conteúdo do direito à saúde é por demais amplo e abrangente, nele estando incluídas as diversas ações e serviços destinados a assegurar a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, sendo destacados, via de regra, os aspectos curativo, preventivo e promocional da saúde, a partir dos quais é realizada a interpretação dos textos legais. De gizar, nesta senda, o conceito ampliado de saúde proposto pela Organização Mundial da Saúde (OMS), superando o enfoque negativo da mera “ausência de enfermidades” (aspecto preventivo) em prol da dimensão (positiva) da “obtenção do estado de completo bem-estar físico, mental e social”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948 também contempla expressamente o direito à saúde, o qual mereceu explicitação no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais de 1966. No âmbito das nações, a Constituição italiana de 1948 é apontada como a primeira a consagrar o direito à saúde como direito fundamental e interesse da coletividade.¹⁴²

Ante a já referida vastidão do objeto, impõe-se a delimitação daquele que receberá o enfoque de análise específico na presente pesquisa, qual seja, a questão tormentosa do fornecimento de medicamentos pelos entes públicos.

O perfil histórico da saúde no Brasil pode ser traçado a contar da chegada de D. João VI ao país, quando foram implementadas ações de combate à lepra e à peste, além de algum controle sanitário em portos e ruas. Entre 1870 e 1930 surgem algumas ações mais efetivas, adotando o modelo “campanhista”, que se caracterizava pelo uso da força policial, obtendo, apesar dos protestos populares, importantes resultados no controle de doenças epidêmicas, como a febre amarela. As ações curativas, porém, remanesciam a cargo dos serviços privados e da caridade. A partir da década de 30, porém, é criado o Ministério da Educação e Saúde

Santos, Julgado em 13/06/2007; Apelação e Reexame Necessário nº 70017846908, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 04/04/2007; Apelação Cível nº 70018519801, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 29/03/2007.

¹⁴¹ *Op. cit.*, p. 04

¹⁴² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. cit.*, p. 81-85.

Pública e estruturado o sistema público de saúde, abrangendo, também, ações curativas. Surgem os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP's), prestando serviços curativos de saúde, muito embora restritos à categoria profissional à qual vinculados. Destarte, a saúde pública não possuía caráter universal em sua dimensão curativa, beneficiando unicamente os trabalhadores que contribuía para os IAP's. O Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, criado ao longo da ditadura militar, unificou os IAP's, abrangendo em sua cobertura os trabalhadores urbanos integrantes do mercado formal de trabalho (com carteira assinada) e, portanto, limitando a estes o atendimento na rede pública de saúde, restando os demais relegados à caridade.¹⁴³

Foi somente a partir da promulgação da Constituição de 1988 que a saúde adquiriu o caráter universal que hoje preside a prestação de seus serviços, deles sendo beneficiários todos os brasileiros, independentemente do vínculo empregatício. A consagração do direito social à saúde como direito fundamental radica nas disposições do art. 6º da Constituição pátria.¹⁴⁴ A proclamação do direito e a determinação do meio pelo qual será assegurada a sua garantia vêm expressa no art. 196 e seguintes da Carta, ao longo dos quais restam fixadas as diretrizes do sistema, admitida a participação da sociedade e instituída a unicidade do sistema de saúde.

O art. 196 enuncia:

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A competência legislativa em matéria de proteção e defesa à saúde é atribuída, de modo concorrente, aos três entes da Federação, cabendo à União o estabelecimento das normas gerais; aos estados a edição de legislação suplementar e aos municípios legislar sobre o interesse local (podendo suplementar a legislação federal e estadual, no que couber)¹⁴⁵. A seu turno, a competência para a execução de políticas públicas (competência administrativa) é

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 11-12.

¹⁴⁴ “Art. 6º - 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”.

¹⁴⁵ Arts. 24, inc. XII; §1º e §2º e 30, incs. I e II, CF.

atribuída de forma comum à União, estados e municípios¹⁴⁶, impondo-se, em razão disto, a cooperação entre os entes da Federação, “*tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*”.¹⁴⁷

As ações e serviços de saúde constituem um sistema único e integram uma rede regionalizada e hierarquizada, a qual possui três diretrizes básicas: (i) descentralização político-administrativa, com direção administrativa única em cada nível de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas e (iii) participação da comunidade.¹⁴⁸

O Sistema Único de Saúde foi regulamentado pelas Leis federais nº. 8.080/90 (dispondo sobre “*as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes*”, denominada de Lei Orgânica do SUS) e nº. 8.142/90 (dispondo sobre “*a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde*”), disciplinando as competências constitucionais que lhe foram conferidas no art. 200 da Carta brasileira. Consiste no “*conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público*”, nesta categoria incluídas “*as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde*”.¹⁴⁹

A Lei Orgânica do SUS “*regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado*”, indicando como objetivos do Sistema:

- I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

¹⁴⁶ Art. 23, inc. II, CF.

¹⁴⁷ Art. 23, parágrafo único, CF.

¹⁴⁸ Art. 198 CF.

¹⁴⁹ Art. 1º e § 1º da Lei nº 8.080/90.

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.¹⁵⁰

Resta estabelecida, também, a direção única do SUS, não obstante sua organização de forma descentralizada, sendo exercida em cada esfera de governo: “no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente”.¹⁵¹

Prevê a legislação em destaque o campo de atuação do SUS, no qual resta incluída a “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”, a qual interessa mais diretamente ao presente trabalho.¹⁵²

Desde a sua edição, a Lei Orgânica do SUS foi objeto de regulamentação por parte da Administração, sendo as mais relevantes neste sentido a Norma Operacional Básica (NOB-SUS 01/96) e a Norma Operacional de Assistência à Saúde (NOAB-SUS 01/2001). A primeira estabelece as condições de gestão municipal (Plena da Atenção Básica – GPAB e Plena do Sistema Municipal – GPSM) e de gestão estadual (Avançada do Sistema estadual – GAS e Plena do Sistema estadual – GPS), além de fixar para o papel do Ministério da Saúde como gestor federal. A segunda ampliou as responsabilidades dos municípios na Atenção Básica, definindo o processo de regionalização da assistência, criando mecanismos para o fortalecimento da capacidade gestora do SUS e atualizando os critérios de habilitação de estados e municípios.¹⁵³

No âmbito regional, o Estado do Rio Grande do Sul conferiu todo um Capítulo de sua Constituição ao trato da saúde e do saneamento básico.¹⁵⁴ Ao lado disto, é também vasta a

¹⁵⁰ Art. 5º Lei nº 8.080/90.

¹⁵¹ Art. 198, inc. I, CF c/c art. 9º Lei nº 8.080/90.

¹⁵² Art. 6º: “Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

(...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;(...)”.

¹⁵³ CARVALHAL, Ana Paula Zavarize. “O Fornecimento de Medicamentos à luz da Teoria da Justiça Aristotélica. In: *Direitos do Estado. Novas Tendências*. Edição Especial, vol. IV, nº VII (out. 2005). Poro Alegre: PPGDir./UFRGS, p. 67-69.

¹⁵⁴ Art. 241 - A saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação.

produção normativa estadual atinente a políticas públicas na área, dentre as quais merece destaque, por sua pertinência com o objeto em estudo, a Lei nº. 9.908/93¹⁵⁵, norma que vincula o Rio Grande do Sul ao fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais para pessoas carentes. Considera medicamentos excepcionais *“aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente”* (art. 1º, parágrafo único) e define como pessoa carente aquelas *“que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família”*. Estabelece como condição para o recebimento da prestação a comprovação da *“necessidade do uso de medicamentos excepcionais mediante atestado médico”* (art.2º), além da obrigação do beneficiário de *“comprovar por escrito e de forma documentada, os seus rendimentos, bem como os encargos próprios e de sua família, de forma que atestem sua condição de pobre”* (art. 2º, parágrafo único).¹⁵⁶

Vige, ainda, no estado, uma outra política de medicamentos – a do fornecimento de medicamentos especiais, categoria de fármacos que se insere entre os medicamentos essenciais e os excepcionais, mas que são de grande uso pela população do Rio Grande do Sul, em função das doenças que prevalecem na região.

Aliadas a estas disposições, tem-se também as Portarias que indicam os fármacos integrantes das listagens Excepcional (Portaria do Ministério da Saúde nº. 2.577/06) e Especial (Portaria SES/RS nº. 238/06), cuja dispensação compete ao estado. Para os municípios é vinculativa a Relação Estadual de Medicamentos da Atenção Básica –

Parágrafo único - O dever do Estado, garantido por adequada política social e econômica, não exclui o do indivíduo, da família e de instituições e empresas que produzam riscos ou danos à saúde do indivíduo ou da coletividade.

Art. 242 - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde no âmbito do Estado, observadas as seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera do Governo;

II - integralidade na prestação de ações preventivas, curativas e reabilitadoras, adequadas às diversas realidades epidemiológicas;

III - universalização e equidade em todos os níveis de atenção à saúde, para a população urbana e rural;

IV - participação, com poder decisório, das entidades populares representativas de usuários e trabalhadores da saúde, na formulação, gestão, controle e fiscalização das políticas de saúde”.

¹⁵⁵ No âmbito da União, a Portaria nº. 3.916/98 instituiu a Política Nacional de Medicamentos.

¹⁵⁶ Dentre outras normas relacionadas à prestação de medicamentos, merecem destaque a Lei nº 10.006/93 (regulamentando a prevenção e tratamento do vitiligo e psoríase); a Lei nº 10.940/97 (regulamentando o fornecimento de Óleo de Lorenzo para os portadores de Adrenoleucodistrofia ligada ao cromossomo “x”); a Lei nº 11.267/98 (prevendo o fornecimento de fármacos para o tratamento de toxoplasmose); e o Decreto nº 39.860/99 (instituidor da Política Estadual de Controle à Anemia Falciforme).

REMAB/RS (elaborada pela Comissão de Gestores Bipartite do SUS/RS).¹⁵⁷ Assim, o estado é responsável por alcançar os medicamentos constantes das listagens Extraordinária (em parceria com a União) e Especial, enquanto aos municípios incumbe prestar aqueles integrantes da lista da Atenção Básica.¹⁵⁸

Elucidados os aspectos materiais de interesse e identificado o ponto de enfoque da análise, passamos então ao trato do tema, vinculado à forma de prestação judicial de medicamentos, como decorrência do direito jusfundamental social à saúde.

1.2. A eficácia do direito à saúde como direito fundamental social

O direito à saúde foi, por força da Constituição brasileira, erigido à condição de direito fundamental, integrando a categoria dos direitos sociais.

Em razão dessa natureza de direito jusfundamental social, o direito à saúde possui dupla finalidade: uma geral (ou ampla), consistente na promoção do bem comum, nas suas modalidades de distribuição da justiça social e bem-estar social; e uma específica (ou estrita) determinada no próprio conteúdo do art. 196 da Carta nacional, qual seja, a “*redução do risco de doença e de outros agravos*” e o “*acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Neste contexto, exsurge a preferência das instâncias políticas democraticamente legitimadas para, a exemplo do que se verifica de regra também nos demais direitos sociais, determinar as ações que corresponderão ao objeto específico do direito: isto é, a prestação que será alcançada pelo Poder Público a quem e de que forma.

¹⁵⁷ O município de Porto Alegre/RS possui um Código Municipal de Saúde (Lei Complementar nº 395/97), destinado a “*normatizar, em caráter supletivo à legislação estadual e federal pertinente, os direitos e obrigações que se relacionam com a saúde individual e coletiva; dispor sobre o Sistema Municipal de Vigilância à Saúde e aprovar normas sobre promoção, proteção e recuperação da saúde pública no Município de Porto Alegre*”.

¹⁵⁸ Consoante Luís Roberto Barroso, os medicamentos excepcionais são os destinados ao tratamento de patologias específicas (transplantados, portadores de insuficiência renal crônica, de esclerose múltipla, de hepatite viral crônica B e C, dentre outras) que acometem um número limitado de pessoas e que possuem alto custo (quer unitário, quer em virtude do tempo prolongado de tratamento). Já os medicamentos da Atenção Básica são definidos pela Organização Mundial de Saúde – OMS como aqueles que atendem às necessidades de saúde prioritárias da população, devendo estar acessíveis a todos os integrantes do grupo social, em todos os momentos, na dose apropriada, sendo escolhidos consoante critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança terapêuticas e questões de custo-efetividade (*Op. cit.*, p. 16-17, notas 31 e 34).

Veja-se, a propósito, Ingo W. Sarlet:

(...) basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, diante de normas de cunho programático (impositivo), enunciando (no art. 196) que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera). Num segundo momento, a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar as diretrizes do sistema único de saúde (art. 198), oportunizando a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199), bem como estabelecendo, em caráter exemplificativo, as atribuições (nos termos da lei) que competem aos sistema único de saúde (art. 200).¹⁵⁹

Sem embargo dos impedimentos inerentes ao próprio funcionamento do Estado Democrático de Direito, já explicitados ao longo deste estudo, insta reconhecer que, em matéria de saúde, a preferência racional pelas razões técnicas se impõe de modo particular. Isto em vista da importância do desenvolvimento de estratégias e programas estatais destinados não só a prevenir doenças, mas também a promover o desenvolvimento do Estado, a partir de seu elemento humano, por meio da identificação e atenção prioritária das áreas ou regiões de maior interesse social, quer do ponto de vista curativo, do preventivo ou do promocional, quer ainda do ponto de vista estratégico de desenvolvimento regional, além de outras.

Com efeito, a escassez notória dos recursos públicos exige que Legislativo e Executivo organizem e planejem estratégias coordenadas em matéria de saúde, no âmbito dos três níveis da Federação, de modo a otimizar os recursos e a maximizar os resultados, como meio de assegurar a fruição do maior número de prestações materiais possíveis pelo maior número possível de integrantes do grupo social, tudo de conformidade com critérios de razoabilidade.

Em vista desta realidade, a maior capacitação técnica do legislador e do administrador para identificarem as demandas sociais prioritárias e, face a elas, traçarem as linhas de atuação mais consentâneas com a consecução das metas indicadas na Lei Maior é argumento lógico que justifica racionalmente a necessidade de preferência da política para a

¹⁵⁹ *A Eficácia, ...*, p. 344.

determinação do conteúdo material do direito à saúde, além de impor a obrigatoriedade de uma atitude de deferência às ações por elas determinadas. Assim, a preferência legislativa e administrativa se explica em razão de sua perspectiva conjuntural (técnica e humana) mais ampla, perspectiva esta que o Judiciário não tem condições de alcançar. Destarte, ao legislador e ao administrador público está afeta, preferencialmente, a função de determinar as políticas públicas indispensáveis à fruição do direito à saúde.

Contrapondo-se à visão individualista da maior parte dos julgados, merece destaque a lúcida e realista posição do Juiz Federal do TRF da 4ª. Região, Marcelo De Nardi, exarada nos autos do Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.021690-1:

De consignar que não é dado ao Poder Judiciário interferir nas ações de atenção à saúde promovidas pelo Poder Executivo, fragmento estatal a quem incumbe adotá-las. A gestão que faça o Administrador da escassez de recursos haverá de suprimir alguma necessidade, não cabendo revisão judicial dessa exclusão salvo em caso de desvio do 'mérito administrativo', de mau exercício da discricionariedade peculiar à atividade.

Ainda assim, a intervenção do Judiciário não se daria no sentido da outorga de determinada atenção à saúde ao indivíduo, mas sim na correção das decisões gerais e isonômicas eventualmente não adotadas pela Administração.¹⁶⁰

Cumprir, uma vez mais, que o direito jusfundamental social à saúde, por sua própria natureza, já nasceu atrelado à noção de promoção do bem-estar social, de justiça social. Vincula-se, destarte, umbilicalmente, à realização do bem comum. Ademais, um de seus propósitos específicos é a garantia do acesso universal igualitário (da isonomia, em última análise). Neste aspecto, muito embora seja lícito ao legislador, ante a impossibilidade fática de assegurar a todos ao mesmo tempo e em igualdade de condições o gozo do direito à saúde, eleger prioridades fulcradas em critérios técnicos e humanos abrangentes da realidade social em sua inteireza (optando pela prioridade de atenção aos economicamente hipossuficientes, à maternidade e à infância, etc), o julgador, em vista da percepção limitada das demandas sociais que possui, resta incapaz de determinar, segundo critérios de justiça e equidade, onde, de que forma e para quem devem as prestações materiais ser direcionadas. E ao fazê-lo, o juiz subverte a lógica interna do direito social à saúde, satisfazendo o auto-interesse de quem demanda em juízo, mas comprometendo a fruição do mesmo direito

¹⁶⁰ Jurisprudência obtida no sítio www.trf4.gov.br, acesso em 12/07/2008.

fundamental pelos demais integrantes da sociedade que se encontram em igualdade de condições em relação a este.

Ademais, a adoção desta visão individualista representa, no mais das vezes, desperdício ou malversação de recursos públicos, minando os programas e as metas desenvolvidas e solapando o orçamento público – estabelecem-se, assim, “políticas individuais de saúde”, ao invés de políticas sociais.

Por outro lado, cumpre reconhecer que legislador e administrador público vêm se desincumbindo adequadamente do ônus de propor, organizar e implementar políticas públicas no campo afeto ao direito à saúde, não havendo que se falar em omissão a este respeito. E estas políticas públicas, muito embora não exaurientes das demandas sociais encontráveis no seio da sociedade pátria, são aptas a ensejar o gozo do direito à saúde pelos seus integrantes em níveis que, se estão longe de serem ótimos, também não podem ser afirmados como ínfimos.

A este propósito, já afirmou o Desembargador-Corregedor do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Antônio Vinícios Amaro da Silveira que “(...) *o direito à saúde precisa ser entendido como um direito coletivo, não individual, Não é uma eleição do melhor tratamento existente no mundo, mas daquele que está no alcance do Estado para atender à universalidade dos cidadãos*”.¹⁶¹

¹⁶¹ Trecho de entrevista constante da já citada reportagem “*Saúde na Mão dos Juizes*”, publicada no Jornal Zero Hora de 17 de agosto de 2008, texto obtido no sítio <http://zerohora.clicrbs/zerohora>, em 24/09/2008.

2. CONTRIBUIÇÃO PARA O ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS RACIONAIS À PRESTAÇÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS

A matéria afeta ao direito social jusfundamental à saúde, em especial no tocante ao fornecimento de medicamentos, vem sendo objeto do que já se convencionou designar de “judicialização da saúde”.

De fato, a proliferação de ações judiciais pleiteando medicamentos, internações hospitalares e outras prestações materiais na seara da saúde pública é hoje uma realidade incontornável.

As demandas que caracterizam este fenômeno possuem como traço identificador mais relevante (em análise afeta à justiça comum gaúcha) a afirmação da responsabilidade solidária entre estado e município, sendo ambos inseridos no pólo passivo; a ausência de requerimento administrativo; a busca, via de regra, pelo fornecimento de fármacos que não integram as listagens obrigatórias dos entes públicos ou de uma marca determinada, além do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, normalmente atrelado ao de fixação de *astreintes* e/ou seqüestro de verbas públicas.

Fruto de um ativismo crescente, a interpretação do direito à saúde diretamente a partir da norma insculpida no art. 196 da Constituição nacional – mas em uma leitura tendenciosa e incompleta que desconsidera a íntegra do dispositivo – ganhou ares de verdade absoluta, de “modernidade”, impondo a pecha de “reacionário” e “liberal” a todos que se proponham a questionar seus fundamentos.

Passadas duas décadas da promulgação da Carta brasileira, a situação assume proporções mais do que alarmantes. As demandas se avolumam e tendem ao infinito; os recursos são desperdiçados e/ou mal aplicados; as Administrações Públicas já destinam parcela de seus orçamentos ao atendimento de ordens judiciais; as políticas públicas gerais e estratégicas de saúde ficam a requerer adequado tratamento; as políticas públicas existentes são judicialmente ignoradas.

De todos os absurdos que uma visão assim elástica do direito à saúde pode acarretar, um dos mais relevantes diz com o próprio interesse daquele que busca em juízo o fornecimento de medicamentos: é a ausência da observância de qualquer critério para o seu deferimento, sendo inteiramente desprezados os parâmetros técnicos e científicos que determinam a segurança no fornecimento dos fármacos.

Assim, são os entes públicos condenados a efetuar toda e qualquer prestação material que lhes seja requerida, pouco importando para tanto se o medicamento solicitado é ou não seguro para o paciente; se tem pertinência terapêutica para o tratamento da doença que o acomete ou não; se pode ser seguramente substituído por outro (genérico) com idêntico resultado; etc.

A pretensão de onipotência judicial neste campo tem conduzido a situações que vão do esdrúxulo ao temerário, pondo em risco não só a fruição do direito à saúde pela generalidade social, como oferecendo risco concreto de morte – por inadequação do tratamento determinado judicialmente – aos próprios demandantes.¹⁶² Aduza-se a isto a pressão que os laboratórios farmacêuticos exercem sobre médicos e pacientes para que acionem o Estado em busca de seus produtos, o ágio inexplicável dos medicamentos e a ação de quadrilhas organizadas para iludir a justiça na busca por fármacos extremamente caros e está pronta a receita para o desastre. Consoante o Secretário de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, Osmar Terra, se nada for feito, em cerca de uma década, 60% dos recursos de saúde estarão sendo consumidos em demandas individuais de saúde.¹⁶³

Neste sentido, é preciso afirmar a necessidade de observância dos critérios técnicos e científicos laboriosamente trazidos a lume pelos gestores públicos de saúde para a dispensação de medicamentos. Do mesmo modo, se mostra necessário estabelecer critérios que minimizem ao menos os efeitos maléficos dessa equivocada leitura da norma constitucional, fixando parâmetros hábeis a racionalizar a “prestação judicial” de medicamentos.

¹⁶² Excelente retrato desta situação foi estampado em reportagem publicada no jornal O Estado de São Paulo, na edição de 15 de março de 2006, na qual é destacada a falta de critérios para a concessão de tais produtos e serviços, os quais muitas vezes nada têm de essencial, como xampu anticaspa, protetor solar francês e até esmalte para unhas.

¹⁶³ *In: Aumento no gasto do Governo com remédios especiais é investigado*, reportagem publicada no Jornal Zero Hora de 22 de setembro de 2008, texto obtido no sítio <http://zerohora.clicrbs/zerohora> em 24/09/2008.

2.1. A Importância do Critério Técnico: Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas

O fornecimento de medicamentos seguros e eficazes, além de pertinentes para o tratamento da moléstia, são indispensáveis a uma política pública de saúde adequada. No intuito de atender a estes propósitos, e considerando a necessidade de fornecimento de medicamentos excepcionais (normalmente de alto custo unitário ou que, pela cronicidade da doença, o tratamento resta excessivamente oneroso) o Ministério da Saúde elaborou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas destinadas a regulamentar a dispensação desses fármacos, incorporados às políticas públicas de saúde por meio de sua publicação sob a forma de Portaria da Secretaria de Assistência à Saúde.

Veja-se, a propósito, as razões exaradas no texto da própria publicação:

Ao mesmo tempo em que o medicamento é um importante insumo no processo de atenção à saúde, pode também se constituir em fator de risco quando utilizado de maneira inadequada. Não se trata, portanto, de promover o acesso a qualquer medicamento ou de qualquer forma mas, sim, de promover o uso racional e seguro desses produtos. O escopo da ação estatal abrange medidas que assegurem oferta adequada de medicamentos em termos de quantidade, qualidade e eficácia.

Assim, em plena conformidade com a Política Nacional de Medicamentos, a necessidade de gerenciar adequadamente o Programa de Medicamentos Excepcionais e de promover o uso racional de medicamentos, é que o Ministério da Saúde lançou-se ao desafio de formular, para os medicamentos de alto custo, Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Esses Protocolos têm o objetivo de, ao estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis nas respectivas doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos. Observando ética e tecnicamente a prescrição médica, os Protocolos têm, também, o objetivo de criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz.

Ao desenvolver o trabalho de construção dos Protocolos, o Ministério da Saúde incorpora-se ao movimento internacional da Medicina Baseada em Evidências e passa a disseminar o conhecimento, assume responsabilidades antes não expressas, dispõe-se ao debate, chama os agentes deste processo à discussão, conta com o auxílio da comunidade científica e constrói uma nova dimensão de gestão em medicamentos, fazendo jus, com certeza, ao reconhecimento e respeito de toda a sociedade brasileira.¹⁶⁴

¹⁶⁴ PICON, Paulo Dornelles e BELTRAME, Alberto. *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Medicamentos Excepcionais*. <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/index.htm>, acesso em mar/2008.

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas são resultados de trabalho científico criterioso, contando em sua elaboração com a participação da comunidade científica nacional e internacional e sendo objeto, antes da publicação de sua versão final, de consulta pública, pelo que perfeitamente assegurada a construção participativa e democrática de suas premissas e conclusões.

O reconhecimento da necessidade da adoção dos mesmos para direcionar as políticas públicas de saúde é decorrência de estudos realizados pela Organização Mundial de Saúde estimulando a criação de políticas de saúde baseadas em evidências e dirigidas especificamente ao uso racional de medicamentos. Isto porque a literatura médica está repleta de artigos demonstrando que a variabilidade da prescrição médica tem enorme impacto tanto na qualidade da atenção prestada às comunidades, quanto nos crescentes custos desta atenção, representando em algumas situações verdadeiro risco aos usuários.

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas visam, por meio da racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos, estabelecer os critérios de diagnóstico de cada doença, determinando o tratamento preconizado com os fármacos disponíveis, as respectivas doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados. Almejam, também, a instituição de mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz (através da observação ética e técnica da prescrição médica).

Destarte, seu propósito não é restringir o acesso a medicamentos, mas regular sua dispensação, sem prejuízo à saúde do paciente, preservando, assim, a racionalização e universalização do atendimento da população.

A obrigatoriedade de observância dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas é aspecto da denominada prestação judicial dos medicamentos que tem escapado à atenção da doutrina. No mais das vezes, são os juízes e advogados públicos os que enfrentam esta questão. A dificuldade maior tem residido no (normal) desconhecimento técnico dos julgadores para apreciarem com propriedade a relevância das questões abrangidas pela matéria, resumindo-se, no mais das vezes, a determinar o fornecimento tal qual prescrito pelo médico do demandante.

Todavia, como alerta o Dr. Paulo Dornelles Picón, médico especialista em saúde pública e consultor do Ministério da Saúde, a variabilidade na prática médica não é explicada pelas evidências científicas, estando o profissional isolado muito mais suscetível de ser manipulado pelos interesses econômicos da indústria farmacêutica multinacional.¹⁶⁵ Destarte, ao orientar-se pelas prescrições médicas, desprezando os Protocolos Clínicos, o julgador exclui qualquer possibilidade de prestação racional de medicamentos, podendo, inclusive, haver riscos à vida do paciente-demandante.

Neste compasso, verifica-se que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas são verdadeira materialização do bem comum na questão afeta à dispensação de medicamento, elaborados consoante critérios técnicos e científicos racionais, no intuito de ensejar aos cidadãos brasileiros a utilização de substâncias seguras e com adequada relação custo-desempenho.

A objeção mais comum dos julgadores à adoção dos Protocolos Clínicos é a afirmação de que os mesmos necessitam ser submetidos ao contraditório.¹⁶⁶ Todavia, não há contraditório quando o que se leva em conta é unicamente a opinião do médico do paciente e quando não se detém dos meios indispensáveis ao cotejo das informações técnicas apresentadas. Ademais, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas já são o resultado pleno do contraditório entre os mais diversos representantes da comunidade científica (da esfera pública e privada), a academia, a Administração Pública e a sociedade (visto que, como já salientado, para sua aprovação, submetem-se à consulta pública – o que justificaria, ao menos, uma presunção de pertinência que requereria prova robusta em contrário).

¹⁶⁵ Alerta o especialista de saúde pública que a força e a qualidade da propaganda dos laboratórios farmacêuticos praticamente não encontra rival no mundo, alertando para diversas circunstâncias alarmantes: que, consoante dados da Organização Mundial da Saúde, mais de 50% das prescrições médicas incorrem em erros (*WHO Drug Information 1999; 13:61-64*); que os trabalhos científicos financiados pela indústria têm 405% mais chances de resultados favoráveis ao financiador (*BMJ.2003;May 31*); que pesquisadores com projetos financiados têm 950% de chances de prescreverem o fármaco que investigam (*JAMA.2000;283:373-80I*); que através do custeio de viagens para participar de eventos há 790% de chances do médico solicitar inclusão do fármaco no seu hospital (*JAMA.2000;283:373-80*) e que os jornais médicos são “extensões de propaganda” da indústria farmacêutica (*Richard Smith www.plosmedicine.org May 2005;2(5):138*). Dados informados na Palestra *O Uso Racional de Medicamentos e Políticas Públicas*, ministrada pelo médico citado em 17/09/2007, cuja promoção foi realizada pela Procuradoria-Geral do estado do Rio Grande do Sul.

¹⁶⁶ Opinião expressada pelo Dr. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Juiz de Direito do 2º Juizado da 4ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre no Seminário *Medicamentos: Políticas Públicas e Judicialização*, promovido pela AJURIS em Abr/2007, texto obtido no sítio: http://www.ajuris.org.br/sem_med/docs/Dr_Antonio_Viniccius_Amaro_%20DOC.pdf

Por derradeiro, de referir o igualmente temerário deferimento judicial de fármacos experimentais e sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Nestes sobrepõe o risco imposto à saúde do requerente, em resposta à contaminação do profissional médico pela propaganda da indústria farmacêutica, disfarçada de “pesquisa científica”, além de imporem alocação irracional de recursos públicos escassos, à vista de inexistência de evidências científicas da acerca da propriedade, adequação e resultados do tratamento.

Destarte, a saúde, por suas razões técnicas e científicas de grande complexidade, dificilmente pode ser adequadamente apreciada no âmbito judicial, posto que ali são encaradas unicamente do ponto de vista individual. Todavia, o direito à saúde exige a ótica do bem comum.

Ainda assim, restando de todo impossível impedir a atuação judicial nesta seara, urge fazer compreender que os critérios técnicos elevados à condição de razões de decidir pelas instâncias políticas democraticamente legitimadas não são mero artifício arbitrário, mas representam o verdadeiro bem comum dialogalmente apurado, a eles devendo ser conferida a devida preferência frente a justificações de ordem individual.

2.2. Limites a Ação Judicial

A jurisprudência nacional, em especial a gaúcha, já vem dando sinais de estar atenta à gravidade do impasse criado. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisões recentes, vem entendendo que o dever do Estado de prestar à saúde aos seus cidadãos não é absoluto, encontrando limites nas normações atinentes ao fornecimento de medicamentos especiais e extraordinários, sendo bons exemplos desta saudável revisão de posicionamento os julgados abaixo¹⁶⁷:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ESTADO DEMANDADO POR MEDICAMENTOS E INSUMOS DE COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. BLOQUEIO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE. 1. Sem abandonar a idéia de que o direito à saúde obriga solidariamente União, Estados e Municípios, quando se trata de fornecimento de medicamentos devem ser observadas os critérios que norteiam a elaboração das listas de medicamentos básicos, essenciais, especiais e excepcionais, evitando que um

¹⁶⁷ Jurisprudência obtida no sítio www.tj.rs.gov.br, acesso em 01/06/2007.

ente seja onerado com o fornecimento de um medicamento que não é de sua atribuição. 2. A constrição de valores nas contas do Estado é medida extrema que só deve ser adotada em caso de descumprimento injustificado de ordem judicial de fornecimento de medicamento. Justificado o não-fornecimento em razão de que a medicação postulada não integra a listas dos fármacos cujo fornecimento compete ao ente demandado, incabível o bloqueio de valores nas contas do poder público. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO E EXTINGUIRAM DE OFÍCIO, O PROCESSO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento N° 70018988576, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/06/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MEDICAMENTO QUE NÃO INTEGRA A LISTA DE MEDICAMENTOS DE ATENÇÃO BÁSICA, DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. OBSERVÂNCIA DAS LISTAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. MEDICAMENTOS CUJO FORNECIMENTO É DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. AÇÃO EXTINTA COM BASE NO ARTIGO 267, VI, DO CPC. 1. O artigo 196 da CF, ao determinar 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, refere-se a todos os entes da Federação, os quais possuem competência comum no cuidado da saúde da população, nos termos do artigo 23, II, da CF. 2. A Constituição Estadual, em igual sentido, estabeleceu em seu artigo 241 que a saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação. 3. Em nosso ordenamento jurídico, existem normas infraconstitucionais que regulamentam o sistema público de saúde, versando sobre a repartição de competências e atribuições, com o objetivo de descentralizar os serviços, garantindo, assim, uma maior efetividade às políticas públicas destinadas ao atendimento das necessidades de saúde da população. 4. Relativamente à política de assistência farmacêutica, existem listas de medicamentos que estabelecem a responsabilidade do Estado e do Município pelo fornecimento daqueles medicamentos ali elencados à população. Assim, à exceção daqueles Municípios que assumiram a gestão plena da saúde, compete ao Município o fornecimento dos medicamentos de atenção básica, e ao Estado o fornecimento dos medicamentos especiais e excepcionais. 5. É dever do Poder Judiciário analisar minuciosamente toda exigência que dependa recursos econômicos do Poder Público. 6. O Poder Judiciário, diante da carência de recursos para atender a todos os direitos fundamentais constitucionais, os quais em sua maioria implicam em prestações positivas, deve procurar preservar, sempre que possível, a vontade do Administrador Público, sob pena de prejudicar, ou até mesmo inviabilizar, o sistema público de saúde, educação etc. 7. Ao se tratar do fornecimento de medicamentos, devem ser observadas as listas, evitando-se que um ente seja onerado com o fornecimento de um fármaco cuja responsabilidade pelo fornecimento não é sua. Recurso provido. (Agravo de Instrumento N° 70018392290, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 23/05/2007)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO INFANTE AO MEDICAMENTO DE QUE NECESSITA. PRIORIDADE LEGAL. INTERESSE. SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO.

ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. 1. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública buscando a efetivação de direitos individuais heterogêneos de crianças e adolescentes. 2. Os entes públicos têm o dever de fornecer gratuitamente o tratamento de que necessita o infante, cuja família não tem condições de custear. 3. A responsabilidade dos entes públicos é solidária e a exigência de atuação integrada do poder público como um todo, isto é, União, Estados e Municípios para garantir a saúde de crianças e adolescentes, do qual decorre o direito ao fornecimento de exames e medicamentos, está posto nos art. 196 da CF e art. 11, §2º, do ECA. 4. Devem ser observados os critérios determinantes da divisão de competência para o fornecimento, que embasaram as listas compondo os medicamentos básicos, essenciais, especiais e excepcionais, de forma a garantir a melhor utilização dos recursos públicos e evitando-se a oneração indevida de um ente público, quando o fornecimento de determinado serviço ou de determinado fármaco for atribuição de outro, a partir da competência preestabelecida. 5. Sendo do ente municipal a responsabilidade de fornecer o medicamento, impõe-se reconhecer a ilegitimidade passiva do Estado. Recurso provido. (Apelação Cível Nº 70018835389, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 09/05/2007)

APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ILEGITIMIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. O fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária do Estado e do Município derivada do artigo 196 da Constituição Federal c/c o art. 241 da Constituição Estadual. Entretanto, o art. 198 da Carta Magna dispõe sobre a regionalização e hierarquização do serviço público de saúde. Sendo assim, os entes federados adotaram listagens de medicamentos essenciais, ou seja, aqueles indispensáveis para atender a grande maioria dos problemas de saúde da população, e dos excepcionais e especiais, ou seja, aqueles de alto custo e cronicidade do tratamento. É da competência do Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento dos medicamentos de uso excepcional e especial e dos Municípios o fornecimento dos medicamentos de uso essencial. Apelação parcialmente provida. Sentença mantida, no mais, em reexame necessário. (Apelação e Reexame Necessário nº 70017846908, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 04/04/2007).

SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RELAÇÃO NACIONAL. LISTA DO GESTOR ESTADUAL DO SUS. EXAME. FISIOTERAPIA. GESTÃO PLENA DO SUS. COMPETÊNCIA. 1. O direito à saúde é exercido pelo acesso igualitário às ações e serviços prestados pelo Estado. Assim, a gestão dos recursos destinados à saúde deve levar em consideração o bem de todos os membros da comunidade e não apenas o do indivíduo isoladamente. 2. Compete ao Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento dos medicamentos excepcionais constantes da Portaria nº 2.577/06 do Ministério da Saúde e os especiais constantes da relação da Portaria nº 238, de 2006, da Secretaria Estadual da Saúde. Aos Municípios compete o fornecimento dos medicamentos essenciais constantes da Portaria 2.475/2006 do Ministério da Saúde (RENAME). 3. À Direção estadual do SUS compete executar supletivamente ações e serviços de saúde, assumindo apenas, em caráter transitório, a gestão da atenção à saúde nos Municípios que ainda não assumiram a responsabilidade. 4. De acordo com as normas do SUS, o

Município que assume a gestão plena de saúde é competente para gerir e executar os serviços públicos de saúde, cabendo-lhe autorizar a realização de ressonância magnética e de tratamento fisioterápico para seus munícipes. Recurso provido. Relator vencido. (Apelação Cível Nº 70018519801, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 29/03/2007)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SAÚDE PÚBLICA. VERBAS. DESTINAÇÃO. INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS.

Somente em hipóteses excepcionais, de flagrante necessidade e urgência, se justifica a interferência do Poder Judiciário na distribuição de verbas destinadas à saúde pública. Inteligência do art. 196 da Carta Magna.

APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (AP nº 70015703655, 22ª Câmara Cível, Rel. Des. Mara Larsen Chechi, 17/08/2006).

Merece destaque, neste último acórdão, o voto da ilustre Relatora, Desembargadora Mara Larsen Chechi:

A mesma norma constitucional que impõe ao Estado a garantia do direito à saúde (art. 196), prescreve a observância dos princípios da igualdade e da universalidade na implementação de ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Num país pobre, de dimensões continentais, a justa distribuição de recurso nesta, como em outras áreas, exige um planejamento técnico, que tenha em conta a economicidade das ações e o custo-benefício dos tratamentos, sob pena de a assistência a poucos vir em detrimento de um grande contingente da população carente.

Justamente visando adequar-se a tais diretrizes, o Estado estabelece parâmetros de seleção/aquisição/dispensação de medicamentos, e disponibiliza exames, segundo prioridades a critério médico.

Assim, somente em hipóteses excepcionais, de flagrante necessidade e urgência, se justificaria a interferência do Poder Judiciário na distribuição de verbas destinadas à saúde pública.

Concretamente, a autora busca o fornecimento do fármaco SUSTRATE 10mg (propatilnitrato), que não consta do rol de medicamentos especiais (Portaria nº 238, de 17 de maio de 2006) ou excepcionais (Portaria nº 1.318, de 23 de julho de 2002, e Portaria nº 921, de 25 de novembro de 2002) emitido pelo Ministério da Saúde ou pela Secretaria de Saúde do Estado.

Neste contexto, não cabe impor o fornecimento gratuito do produto farmacológico ao Poder Público.

De conseqüência, não prevalecem os efeitos antecipados em liminar.

Por tais razões, encaminho o voto no sentido do provimento da apelação, ao efeito de julgar improcedente a ação, invertida a distribuição dos ônus da sucumbência (com o benefício do art. 12 da Lei nº 1.060/50).

Também no Supremo Tribunal Federal se pode verificar o início de um novo posicionamento, sendo paradigmática, neste compasso, a decisão prolatada pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada - STA 91/AL:

1. O Estado do de Alagoas, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92 e no art. 1.º da Lei 9.494/97, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7 (fls. 27/47), que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (fls. 23/26) . O requerente sustenta, em síntese: a) cabimento do presente pedido de suspensão, visto que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada ajuizada perante aquela Corte estadual (fls. 88/94), negando seguimento ao agravo regimental intempestivamente interposto (fls. 110/112) e, posteriormente, ao próprio pedido de reconsideração (fls. 116/118); b) ocorrência de grave lesão à economia pública, porquanto a liminar impugnada é genérica ao determinar que o Estado forneça todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos, impondo-lhe a entrega de "(...) medicamentos cujo fornecimento não compete ao Estado dentro do sistema que regulamenta o serviço, (...)" (fl. 08). Nesse contexto, ressalta que ao Estado de Alagoas compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade com a Lei n.º 8.080/90 e pela Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. c) existência de grave lesão à ordem pública, vista aqui no âmbito da ordem jurídico-administrativa, porquanto o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação do Poder Público, o que compromete o adequado cumprimento do Programa de fornecimento de medicamentos excepcionais. 2. O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Barros Monteiro, ao afirmar que a causa de pedir, na ação ordinária, ostenta índole constitucional, porque envolve a interpretação e aplicação dos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição Federal negou seguimento ao pedido e determinou o envio dos presentes autos ao Supremo Tribunal Federal (fls. 121/122). 3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo deferimento do pedido (fls. 128/134). 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 5. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe

acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)" (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente.¹⁶⁸

Todavia, tais decisões são ainda franca minoria. E diante da realidade complexa que o direito à saúde impõe à sua realização, mormente quando realizada esta sob o enfoque individual que tem presidido a avassaladora maioria das decisões judiciais, não voltadas ao atingimento do bem comum, a necessidade do estabelecimento de critérios capazes de racionalizar e uniformizar os procedimentos (também em atenção ao vetor da isonomia entre os cidadãos no gozo do direito em tela) se mostra imprescindível.

Neste mister, cumprindo um dos propósitos do presente estudo, se tentará lançar algumas contribuições em prol da dispensação racional de medicamentos através da atividade jurisdicional.¹⁶⁹

Primeiro: a dispensação judicial de medicamentos deve observar as listagens de cada ente público, bem como atentar aos critérios técnicos fixados pelos Protocolos

¹⁶⁸ Jurisprudência obtida no sítio www.stf.gov.br, acesso em 13 de agosto de 2008.

¹⁶⁹ No mesmo propósito, BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 26-32.

Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Preserva-se, deste modo, um mínimo de racionalidade, muito embora seja inegável que o deferimento judicial do pleito implica em privilégio indevido estabelecido em favor do demandante, o que atenta contra a isonomia ínsita ao direito à saúde, consoante constitucionalmente ordenado. Ademais, a preferência pelas ações determinadas pelo legislador e pelo administrador atende aos anseios democráticos do estado de Direito constitucional.

Neste diapasão, afirma Luís Roberto Barroso:

Veja-se que o art. 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a *políticas sociais e econômicas*, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que o Legislativo e o Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego de medicamentos.¹⁷⁰

Segundo: **é preciso determinar a correta pertinência subjetiva da demanda, mediante a correta indicação do ente público responsável pelo fornecimento do fármaco pleiteado.** Este critério otimiza a prestação jurisdicional, preservando os recursos escassos do desperdício e evitando a demora indevida do trâmite processual (tendo em vista que os entes públicos gozam das conhecidas prerrogativas processuais previstas no art. 188 do Código de Processo Civil do prazo em dobro para apelar e em quádruplo para contestar). Evita, também, a condenação de ente público a fornecer uma determinada prestação que é estranha à sua esfera de competência, restando na esfera de outro, o qual já organizou os serviços administrativos tendentes à realização da prestação ou à aquisição regular do medicamento (busca pelo melhor preço, por exemplo)¹⁷¹;

Terceiro: **é preciso entender as ações determinadas pelo Legislativo e pela Administração como dotadas de presunção de legitimidade e correção, posto que**

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 26.

¹⁷¹ Posição neste sentido foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Suspensão de Segurança 3.073/RN (Rel. Min. Ellen Gracie; DJU 14/02/2007).

decorrentes da ponderação de fatores técnicos, econômicos e humanos mais abrangentes.

Este critério busca evitar que as políticas públicas em matéria de saúde, que têm alcance para o grupo social considerado em sua plenitude, sejam desconsideradas ou comprometidas por meio da mera afirmação do interesse pessoal.

Quarto: a necessidade de que o afastamento dos critérios técnico-científicos determinantes das escolhas públicas (alteração das listagens dos entes públicos) somente possa ser objeto de questionamento em demandas coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos) ou de controle abstrato de constitucionalidade – cujas decisões são dotadas de efeitos *erga omnes*.¹⁷² Este critério decorre da presunção de correção das listagens públicas (adequada avaliação das prioridades, dos recursos e da eficácia terapêutica dos medicamentos escolhidos para integrá-las). Esclarece Barroso:

(...) a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento.

O autor justifica as razões para tal parâmetro em três assertivas básicas: (i) a discussão coletiva ou abstrata exigirá uma análise do contexto geral das políticas públicas discutidas, com melhores possibilidades de apresentação de argumentos técnicos qualificados por todos os envolvidos; (ii) necessidade de exame da alocação de recursos ou definição de prioridades segundo critérios de interesse geral, e não individual; e (iii) a produção dos efeitos *erga omnes* da decisão, impedindo o desperdício de recursos públicos e a desorganização administrativa, ensejando o planejamento dos serviços públicos de forma organizada e eficiente. Estas assertivas são complementadas por quatro parâmetro complementares, a saber: (i) o Poder Judiciário somente poderia ordenar a inclusão de medicamentos de eficácia comprovada (excluindo-se os experimentais e os alternativos); (ii) a opção deverá ser feita por substâncias disponíveis no Brasil; (iii) a opção deverá ser feita pelo medicamento genérico, de menor custo; e (iv) o medicamento deve ser indispensável para a preservação do direito à vida.¹⁷³

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁷³ *Idem*.

Do quanto exposto, avulta a complexidade técnica e humana do tema. Urge ter coragem moral para não fugir do seu enfrentamento, sempre na busca de soluções que promovam a harmonia e a integração dos valores maiores albergados pela nossa Carta constitucional. Afinal, como bem já afirmou Eros Grau, a Constituição não pode ser interpretada em tiras.¹⁷⁴

¹⁷⁴ *In: A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 83.

CONCLUSÃO

A análise do problema relativo à correta leitura dos direitos sociais efetuada ao longo desta pesquisa revela o equívoco da interpretação que prega a concreção do direito jusfundamental social à saúde diretamente a partir da norma constitucional que o consagra.

Primeiro, porque o direito à saúde é um direito jusfundamental social, e como tal, pela sua própria natureza e estrutura funcional, mostra-se voltado à promoção do bem comum e à realização da justiça social.

Segundo, porque se a concreção pretendida é afirmada a partir do art. 196 da Constituição, então este não pode ser tomado pela metade, com a cabeça apartada do corpo. Com efeito, a leitura tão somente da parte inicial (“*A saúde é direito de todos e dever do Estado*”), omitindo a segunda (“*garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”) revela uma interpretação tendenciosa e carente de fundamento jurídico. E uma vez que todas as normas constitucionais são dotadas de algum efeito, pretender ignorar a segunda parte da regra do art. 196 da Lei Maior significa indevidamente subtrair-lhe uma eficácia que lhe foi alcançada pelo próprio constituinte.

Terceiro, porque, como leciona Barzotto, a saúde do indivíduo (ou a falta dela) não se constitui em qualidade pessoal, mas em uma relação de justiça que este mantém com os demais membros da sociedade, não sendo possível, em razão disto, afirmar-se a subjetivação do direito à saúde senão pela sua compreensão como justo subjetivo.¹⁷⁵

Quarto, porque a preferência para o preenchimento do conteúdo objetivo do direito à saúde foi atribuída pela Constituição ao Legislativo e ao Executivo, tendo a atuação judicial natureza meramente subsidiária (mormente nas hipóteses de omissão no estabelecimento das competentes políticas públicas ou no controle de razoabilidade das mesmas frente às metas traçadas no Texto).

¹⁷⁵ *Op. cit.*

E quinto, porque diante desta preferência das instâncias políticas democraticamente legitimadas, ínsitas à natureza de Estado Democrático de Direito assumida pelo Brasil, cumpre ao Judiciário adotar uma postura de deferência e respeito pelas disposições por aqueles elaboradas e de modéstia para conter o ativismo judicial exagerado e inconseqüente.

A saúde é um problema de milhões. O Brasil tem dimensões continentais, maior do que a maioria dos Estados modernos da Europa e da América do Norte. Como condenar o Estado a prestar tudo a todos? Ao atender o direito à saúde individualmente, resta o Estado impossibilitado de organizar políticas públicas efetivas em matéria de saúde. Como programar o atendimento de questões sanitárias, vacinação para prevenir epidemias, erradicação da mortalidade infantil, custeio de tratamento de doenças de alto custo, etc. Como programar investimentos para melhoria da estrutura física dos hospitais públicos, para melhoria do atendimento aos usuários, da remuneração dos servidores e prestadores de serviço de saúde?

Ao determinar, sem qualquer critério racional, o atendimento de toda e qualquer demanda individual em matéria de saúde, o Poder Judiciário se torna direta e imediatamente responsável pela falência do sistema público de saúde do país, o que atinge milhões de brasileiros. A Constituição Federal é clara ao determinar que incumbe ao Estado garantir a saúde aos seus cidadãos mediante políticas públicas. Subverter a natureza do direito social à saúde a fim de atender a interesses individuais (muito embora louváveis) é ler o texto às avessas.

O que fazer, então, quando os recursos findarem? Quando Estado e Município, que não gozam do *status* fiscal privilegiado da União Federal, não mais puderem atender a nenhuma ação de saúde?

O momento de parar e refletir é agora. O direitos sociais, dimensão dos direitos fundamentais que é integrada pelo direito à saúde, já ultrapassaram a fase de afirmação. Hoje, necessita-se de uma atitude de serenidade e modéstia na sua aplicação, a fim de garantir a todos os cidadãos o acesso à *vida boa*.

Em uma analogia “ecológica” poder-se-ia afirmar que necessitamos desenvolver um entendimento e um comportamento visando o uso racional dos meios (recursos públicos),

assim como devemos racionalizar o uso da água – pois os recursos públicos, tal qual nossas fontes hídricas, são finitos.

É preciso poupar, então, para não faltar. Fechar a torneira do desperdício e do uso irracional. Neste compasso, o papel do Poder Judiciário se mostra fundamental.

Carentes, como somos, da instituição maior que é o tribunal constitucional, cabe ao Judiciário conter o ativismo judicial desgovernado que impera em matéria de direito fundamental à saúde, em especial no que tange ao fornecimento de medicamentos.

Com efeito, a judicialização do direito à saúde, seu tratamento como direito subjetivo, à similitude dos direitos de liberdade, embora não possa ser impedida, deve ser contida. Se, em atenção ao princípio de não reversibilidade dos direitos sociais, não se pode obstar a enxurrada de demandas buscando prestações individuais em matéria de saúde, cabe aos julgadores adotar uma postura mais cautelosa.

É preciso reconhecer que a Constituição Federal determinou que a preferência, para implementação do direito à saúde, é do Poder Legislativo e do Executivo, mediante opções políticas, obtidas democraticamente, estampadas por meio de políticas públicas que gerenciam a prestação da saúde *para todos*, e não somente para alguns privilegiados que, quer por condição econômico-social, quer por mera sorte, tomam o rumo da justiça para bater-lhe às portas.

Reconhecer que dividir com os demais Poderes a tarefa de garantir a eficácia dos direitos fundamentais não lhe diminui a importância, sendo ínsito ao próprio Estado Constitucional Democrático de Direito.

Reconhecer que a ideologia de um, de alguns, não tem legitimidade para substituir as opções (também ideológicas) da maioria, obtidas dentro da arena democrática.

Reconhecer que decisões judiciais não criam recursos, não disponibilizam leitos hospitalares, não adquirem medicamentos.

Aceitar que é preciso o estabelecimento de critérios claros para o deferimento racional e uniforme da tutela individual da saúde.

Destarte, é preciso repensar critérios, estabelecer limites. É necessário, pois, adotar uma postura prática e racional, assumindo que, se prosseguirmos deste modo, o sistema vai ruir, a relação entre os Poderes vai se deteriorar e os cidadãos serão condenados a viver sob a égide do “totalitarismo” (jurídico) dos tribunais. É preciso, pois, cautela nas decisões e no ativismo.

É preciso, enfim, também coragem para repensarmos nosso modelo estatal e reconhecermos que a cumulação da Chefia de Estado com a de Governo cria impasses insuperáveis para o funcionamento democrático das instituições. Coragem para reconhecer que, sem um verdadeiro tribunal constitucional, os direitos sociais, como de resto todos os direitos fundamentais, não possam de ilusão, conferidos em migalhas a uns e negados a milhões.

Destarte, a luta em prol dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, é hoje, também, a luta pelo tribunal constitucional. Sem ele, não há como conferir real eficácia a esses direitos nem deixar de violar o Estado Constitucional Democrático de Direito.

O presente trabalho não pretende – e de resto nem poderia almejá-lo – exaurir o tema. A intenção é de contribuir para o debate de idéias, trazendo à luz uma perspectiva teleológica aparentemente esquecida e desconsiderada, numa tentativa de resgatar a dignidade humana em uma sociedade pautada pelo bem comum.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

AMARAL, GUSTAVO. *Direito, Escassez e Escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁTRIA, Fernando. *Existem Direitos Sociais? In: Os Desafios dos Direitos Sociais*. Cláudio Ari Mello (Coordenador). Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 56 - set/dez. 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Revista de Direito do Estado nº. 3, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da Dogmática Jurídica à Ética*. In: *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Cláudio Ari Mello Coordenador. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 56. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 1997.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional*. 5a. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHAL, Ana Paula Zavarize. *O Fornecimento de Medicamentos à luz da Teoria da Justiça Aristotélica*. In: *Direitos do Estado*. Novas Tendências. Edição Especial, vol. IV, nº VII (out. 2005). Porto Alegre: PPGDir./UFRGS.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos sociais e culturais*. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a Luís Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editora, 2003.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

JOÃO XXIII. *As Encíclicas Sociais do Papa João XXIII*, 2º volume. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1963.

MELLO, Claudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PICON, Paulo Dornelles e BELTRAME, Alberto. *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Medicamentos Excepcionais*.
<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/index.htm>, acesso em mar/2008.

PIOVESAN, Fátia Vieira. *A força normativa dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana*. In: *Temas de Direitos Humanos*. Flávia Piovesan (Organizadora). 2ª ed., rev., ampl. e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. George Salomão Leite (organizador). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Função, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Sétima edição revista, ampliada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos e ROSA JÚNIOR, Faustino da. *Os Direitos da Pessoa Humana na CRFB de 1988: Os Direitos Sociais podem ser pleiteados individualmente via processo judicial? In: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Sapucaia do Sul: NOTADEZ Informação Ltda., 2007.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Tese para Concurso a Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

_____ – *O Tribunal Constitucional como poder*. São Paulo: Memória jurídica, 2002

_____. *Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judiciário*. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, nº III, Março 2005.