

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

LUIZ ROBERTO RIBEIRO BUENO

DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E
SEUS DESDOBRAMENTOS POLÍTICOS E JUDICIAIS: O CASO DO
COMBATE À AIDS

São Paulo
2007

LUIZ ROBERTO RIBEIRO BUENO

DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E
SEUS DESDOBRAMENTOS POLÍTICOS E JUDICIAIS: O CASO DO
COMBATE À AIDS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em em Direito político e econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico

Orientador: Prof. Dr. Helcio Ribeiro

São Paulo
2007

B928d Bueno, Luiz Roberto Ribeiro

Direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e seus desdobramentos políticos e judiciais: o caso do combate à Aids. / Luiz Roberto Ribeiro Bueno. São Paulo, 2007.

186 p. ; 30 cm

Referências: p. 181-186

Dissertação de mestrado em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2007.

1. Direitos fundamentais. 2. Constituição. 3. Direito à saúde. 4. Poder Econômico. 5. Políticas públicas. I. Título

CDD 341.27

LUIZ ROBERTO RIBEIRO BUENO

DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E
SEUS DESDOBRAMENTOS POLÍTICOS E JUDICIAIS: O CASO DO
COMBATE À AIDS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em em Direito político e econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Helcio Ribeiro

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr.

Helcio Ribeiro
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dra.

Patricia Tuma Martins Bertolin
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dra. Regina Sahn

Dedico esta dissertação a duas pessoas que muito me incentivaram, minha esposa, Lourdes, ao sempre insistir na constância e disciplina do estudo, e meu amigo de juventude, Olindo Liberatoscioli, amizade nascida nos bancos acadêmicos da velha Faculdade do Largo de São Francisco e que, ensejando a mais nítida franqueza, o levou, mais de uma vez, a censurar-me o vezo da dispersão, e, assim, a corrigir rumos equivocados que eu estava a traçar.

AGRADECIMENTOS

Não tenho palavras para agradecer a paciência, lhaneza e solícitude com que o orientador deste mestrando agiu ao longo do desenvolvimento da dissertação que ora se submete ao julgamento da emérita Banca Examinadora. Não as tenho, também, para retribuir o empenho de ambas as Professoras que compõem tal Banca. Elas, recebendo embora, quando da qualificação, um esquálido desenvolvimento do tema, nem assim deixaram de transmitir o seu incentivo e de fazer valiosas sugestões.

Agradeço, pois, ao Professor Doutor Hércio Ribeiro, por sua orientação segura, firme e consistente em saber jurídico e filosófico.

E, igualmente empenhado, agradeço às Professoras Doutora Patrícia Tuma Bertolin e Doutora Regina Sahn, pela confiança mantida até o final e pela valorização dos poucos pontos positivos que o desenvolvimento inicial do trabalho apresentava.

Por último, transmito a minha gratidão ao Senhor Renato Santiago, da Secretaria do Curso de Pós-Graduação em Direito, pela paciência com que contornou as minhas dificuldades em operar os modernos meios eletrônicos de comunicação, e pela gentileza com que me orientou em todas as ocasiões solicitei os seus préstimos na Secretaria.

Peço a Deus que abençoe essas quatro grandes pessoas humanas, coroando de êxito, sempre, tudo quanto empreenderem na vida acadêmica e pessoal.

Muito obrigado.

RESUMO

Esta dissertação versa sobre o direito à saúde. Enfatiza-se que esse direito hoje se integra, devido à Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, não mais à esfera do direito natural, mas, precisamente, à do direito positivo. A teoria do direito positivo, pois, dá suporte, exclusivamente, para fundamentar a concepção doutrinária aqui exposta. O primeiro propósito é salientar que o direito à saúde é um típico direito humano ou, como expresso na Constituição brasileira, um direito fundamental, uma vez que deriva da dignidade da pessoa humana e está intimamente vinculado ao direito humano básico, o direito à vida. Assim, o segundo tópico a ser tratado refere-se à dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, maneira pela qual a Constituição designa o País. Logo, a inserção do direito à saúde na Constituição – tornou-se um direito positivo constitucional – como um direito fundamental seria mera consequência daquele fundamento. Uma análise da ordem constitucional é feita, levando à conclusão de que o Brasil está projetado para ser um Estado Social, ainda em edificação. O assunto seguinte, conseqüentemente, é um estudo das características do Estado de Bem-Estar. O próximo tópico analisa dois obstáculos à plena efetividade do direito à saúde: o poder econômico das indústrias farmacêuticas e a inércia ou omissão do Poder Público. Estudam-se, finalmente, as políticas públicas concernentes à saúde pública, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o posicionamento da Organização Mundial da Saúde na luta contra o HIV, especialmente no exame de questões éticas.

ABSTRACT

This dissertation deals with the right to health. It is pointed out that this right nowadays belongs, due to the Constitution of the Federative Republic of Brasil, no longer to the field of natural law, but, precisely, to the field of positive law. The theory of positive law, therefore, gives its support, exclusively, to found the doctrinal conception here expounded. The first purpose is to emphasize that the right to health is a typical human right or, as expressed in the Brazilian Constitution, a fundamental right, since it grows out of the dignity of human being and it is intimately jointed to the basic human right, the right to life. Thus, the second topic to be treated refers to the dignity of human being as one of the constitutional fundamentals of the Law Democratic State, wise chosen by the Fundamental Law to designate the Country. It follows that the insertion of the right to health in the Constitution - it became a constitutional positive right - as a fundamental right it would be a mere consequence of this fundamentals. An analysis of the constitutional order is made, which conveys the conclusion that Brazil is projected to be a Social State, whose construction, however, is still in development. The following matter, consequently, is a study of the characteristics of the Welfare State. The next step analyses two hindrances to the full effectiveness of the right to health: the economic power of the pharmaceutical industries and the inertia or omission of the Government. Finally, it is studied the government public policies as to public health, the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) and the World Health Organization position about fight against the HIV, specially examining ethical questions.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO	13
3	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	23
4	A ORDEM CONSTITUCIONAL EM VIGOR	39
4.1.	O CONCEITO MODERNO DE CONSTITUIÇÃO. CONCEITO MATERIAL E CONCEITO FORMAL. CONSTITUIÇÃO RÍGIDA E CONSTITUIÇÃO PROLIXA.	39
4.2.	COMO CLASSIFICAR A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. AS NORMAS CORRELATAS SÃO PROGRAMÁTICAS?	43
4.3.	A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE	49
4.4.	COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO QUE TANGE AO DIREITO À SAÚDE	53
5	O ESTADO SOCIAL	61
6	ABUSO DO PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LICENÇA COMPULSÓRIA	80
6.1	A PERTINÊNCIA E LEGITIMIDADE DA LICENÇA COMPULSÓRIA	80
6.2.	POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À SAÚDE. NOTAS SOBRE O PROGRAMA NACIONAL DE LUTA CONTRA A AIDS	89
6.3.	A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS REFLEXOS NOS TRIBUNAIS DOS ESTADOS	105
7	O POSICIONAMENTO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE	115
8	CONCLUSÃO	144
	REFERÊNCIAS	149

1 INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho refere-se ao direito à saúde, tal como positivado na Constituição da República Federativa do Brasil. O estudo, portanto, tem por base a teoria do direito positivo. Nele também será abordada a questão do abuso do poder econômico, igualmente sob o enfoque da Constituição Federal.

Nesse sentido, o que se tem em vista é a expectativa da pessoa humana, como cidadão ou cidadã de um País caracterizado como Estado Democrático de Direito, de poder preservar sua saúde, ou dela tratar quando do acometimento de alguma doença, ainda que lhe faltem recursos materiais para tanto, circunstância que a levará a recorrer ao auxílio do Estado.

Tem-se em vista também, em se fazendo necessário o apoio do Estado, a legitimidade para, como medida extrema em certos casos, criar condições adequadas ao equacionamento dos direitos vinculados às patentes farmacêuticas.

Não há como deixar de se considerar que a patente é um direito universalmente reconhecido, por derivar da livre iniciativa, da pesquisa teórica e aplicada e de vultosos investimentos. Mas, a despeito dessas considerações, procurar-se-á demonstrar haver base jurídica, assentada na teoria dos direitos humanos e nos instrumentos internacionais para a proteção destes – o que aponta, mais uma vez, para a teoria do direito positivo – para a discussão dos direitos relacionados com a propriedade intelectual. Será anotado que não falta legitimidade, aos governos empenhados em promover a saúde dos povos a que devem servir, para lançar mão de instrumentos legais aptos a levar as partes, envolvidas num conflito jurídico sobre direitos à propriedade intelectual, a uma composição que equilibre, de um lado, tais direitos, e de outro, questões humanitárias.

Assim, o que se pretende é evidenciar haver uma base ética para o equacionamento de conflitos dessa natureza. E que tal base ética apóia-se em dois valores absolutos. De um lado, a vida da pessoa humana, a que o direito à saúde está intimamente adstrito, e, de outro lado, a incompatibilidade, num estado de direito, ou na própria ordem internacional, também regida pelo Direito, e que evolui continuamente no sentido da exclusividade dessa regência, do abuso do poder

econômico. Ao Direito, historicamente, repugna qualquer forma de abuso. Não poderia ser diferente em relação ao poder econômico, não importa a área em que ele se manifeste, mas, sobretudo, se há de coibi-lo em se tratando de sua atuação na área da saúde.

A ordem jurídica contemporânea, seja na esfera nacional, seja na internacional, não admite que o poder econômico ultrapasse os limites da retribuição consentânea de seus investimentos, principalmente quando se trata dos cuidados de que a pessoa humana precisa para preservar sua saúde, ou, em última análise, a vida.

Serão considerados, pois, os meios que o direito positivado na Constituição Federal põe à disposição da sociedade – legitimando a ação governamental no sentido da efetivação dos direitos constitucionais de natureza social – para soffrear, quando necessário, o poder econômico e levá-lo a aceitar menor margem de retribuição para os seus investimentos produtivos. Mas não é só. Serão também consideradas as omissões do próprio Poder Público e, conseqüentemente, a importância das postulações judiciais, provocando o Poder Judiciário, para levá-lo a decisões que venham ao encontro do direito constitucional à saúde e imponham ao Estado atuação compatível, cumprindo as obrigações a seu cargo.

O direito positivo, no País, impõe tal soffreamento do poder econômico e tal atuação dos Poderes constituídos, principalmente naquelas situações em que, por estarem envolvidos direitos inalienáveis da pessoa humana, como a preservação da vida e da saúde, a aplicação abstrata das leis do mercado, ou a injustificável omissão do Poder Público, levaria inevitavelmente à negação do direito positivado na Constituição Federal. É que, em conseqüência, seria impedido o acesso das pessoas pobres aos benefícios resultantes do contínuo avanço nas pesquisas farmacêuticas e nas tecnologias médicas.

Será notado que uma retribuição compatível não implicará desestímulo ou atraso na atividade empresarial, pois a Constituição Federal assegura tal atividade e legitima os fins que lhe são afetos, proibindo apenas, expressamente, o abuso do poder econômico, e dá os meios jurídicos para reprimi-lo. Do mesmo modo, levar o Poder Público, mediante a postulação judicial, a cumprir as funções que mais ínsitas lhe são, os cuidados com a vida, a integridade e a formação do cidadão e da cidadã

a quem deve servir, não desvirtuará suas funções, nem lhe afetará a discricionariedade que lhe cabe. Pelo contrário, respeitados sempre os princípios constitucionais que norteiam a Administração, fará com que o Poder Público, no País, cumpra a finalidade social que o Direito lhe impõe e a sociedade dele, de há muito, espera.

Procurou-se atingir o objetivo desta dissertação, inserida no âmbito do mestrado em Direito Político e Econômico, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, mediante pesquisa que se restringiu à leitura de textos normativos e obras jurídicas ou afins. O empenho consistiu em coligir os fundamentos jurídicos outorgados pela Constituição da República Federativa do Brasil, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo País, pelos estudos e propostas da Organização Mundial da Saúde, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e seus reflexos na jurisprudência dos Estados. Consistiu também em estudar as políticas de saúde desenvolvidas pelo Governo Federal, particularmente na questão que concerne à luta contra a Aids (síndrome da imunodeficiência adquirida). Um trabalho, pois, de pesquisa jurídica, em que se valeu da consulta às fontes do direito, à doutrina, jurídica e afim, e à jurisprudência, bem como da coleta de dados a respeito dos esforços da Organização Mundial da Saúde e do Governo Federal.

2 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO

A saúde da pessoa humana é um bem inalienável, de modo que a própria pessoa tem o dever de preservá-la e de, em caso de doença, dela tratar de maneira adequada, cabendo juridicamente ao Estado e moralmente à sociedade de que a pessoa faça parte, o dever de ampará-la na hipótese de lhe faltarem recursos materiais para tanto.

Conclui-se, pois, que o direito à saúde é um direito humano, ou seja, inerente à dignidade da pessoa humana¹.

Sendo um direito inerente à dignidade da pessoa humana, o respeito que se lhe deve é indeclinável, como acima se observou, sendo essa a razão pela qual se pode legitimar, em circunstâncias especiais, a imposição de limites ao poder econômico, ou, no âmbito da Administração, a alocação de recursos para o atendimento de situações emergenciais.

Embora o livre empreendimento, na esfera da iniciativa privada e da liberdade de mercado, seja imprescindível ao desenvolvimento social, político e econômico do Estado, não se pode negar a existência do poder econômico e dos abusos que desse poder não raro decorrem.

Daí a necessidade de se impor limites ao poder econômico, aplicando-se o direito que, nesse sentido e com essa finalidade, está positivado na Constituição Federal.

A busca do lucro é legítima, jurídica e inerente à atividade empresarial, como compensação pelos riscos que recaem sobre o capital aplicado, retribuição dos investimentos efetuados e meio de desenvolvimento da atividade econômica em geral, ensejando-se a ampliação do mercado de trabalho, o fomento da arrecadação tributária e o progresso material e tecnológico.

¹ No primeiro parágrafo do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) no dia 10 de dezembro de 1948, lê-se: "Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world".

Nada obstante, a busca do lucro não pode extrapolar os limites impostos pelo direito positivo, pois do contrário a atividade empresarial se afastará da diretriz que lhe traça a Constituição Federal e se transformará em poder econômico, com os abusos decorrentes, ao que a Constituição se opõe expressamente, ordenando sua coarctação.

Se houver conflito de interesses entre a busca do lucro segundo uma avaliação estritamente econômica, de um lado, e o custo inacessível do tratamento da saúde, de outro, a prioridade deverá ser dada ao direito à saúde, positivado na Constituição Federal, a ele se submetendo o direito empresarial.

Recusada a submissão, caberá à sociedade verificar se tal recusa constitui abuso do poder econômico, verificação a ser feita também com base no direito positivado na Constituição Federal, coibindo-se então o excesso por meio dos instrumentos legais instituídos no âmbito da ordem constitucional.

O direito positivo, portanto, dá os meios para a proteção da sociedade relativamente aos abusos do poder econômico, em especial no que tange ao direito à vida e, por desdobramento desse direito humano fundamental, à saúde.

Mas, o poder econômico nem sempre é o único entrave à efetivação do direito à saúde. A própria Administração pública se omite, e essa é uma situação não menos grave, quiçá até mais relevante, que a atinente ao poder econômico. Também no enfrentamento dessa situação constituiu grande avanço, em benefício da humanidade como um todo, e do povo brasileiro em particular, a positivação do direito à saúde.

Tal positivação do direito remonta, no aspecto do direito à vida – do qual é indissociável o direito à saúde –, à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ditada na França revolucionária de 1789, entre outros sentidos, no de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos².

² Na célebre “Déclaration des Droits de l’Homme et du citoyen”, que os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, outorgaram no dia 26 de agosto de 1789, lê-se no artigo 1º o seguinte: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune”. O sentido geral dessa fórmula é reiterado no artigo 1º na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU em 1948: “All human

Se assim é como privá-los, em lhes faltando dinheiro para custear tratamentos, internações hospitalares e compras de remédios, do direito à saúde, mesmo porque, no caso do Brasil, positivado na Constituição da República?

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10-12-1948, mediante Resolução de nº 217 A-III³, vê-se que no artigo XXV se assegura à pessoa humana o direito a um padrão de vida que lhe propicie, e a seus familiares, saúde e bem-estar em termos de alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis. Assegura-se também o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou qualquer outra situação em que, por motivos que não dependem de sua vontade, a pessoa humana fique sem meios de subsistência⁴.

Vicente Marotta Rangel, reportando-se a uma publicação – que, infelizmente, não cita - das Nações Unidas, reproduz a seguinte consideração:

Os direitos humanos se fundamentam na reivindicação crescente, por parte da humanidade, de uma vida honesta, civilizada, em que a dignidade inerente a todo ser humano seja respeitada e protegida (...) Longe de constituírem tema abstrato para as elucubrações de filósofos e juristas, afetam a vida quotidiana de todos, do homem, da mulher e da criança⁵.

Rangel lembra que em abril de 1948, portanto oito meses, aproximadamente, antes da Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovou-se em Bogotá, por meio da Resolução XXX, Ata Final, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁶. Essa Declaração compõem-se de Preâmbulo e dois Capítulos, o primeiro versando sobre os direitos da pessoa humana, o segundo sobre os

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".

³ RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*, 8ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, página 436.

⁴ Eis o texto, na íntegra e no original: "Article 25. (1) Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control. (2) Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection".

⁵ Obra citada, página 429.

⁶ Obra citada, página 431.

deveres. Digna de nota, para contínua reflexão e aprofundamento, pois bem esquecida está nos dias de hoje, a seguinte ponderação, que consta do Preâmbulo:

Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade.

O direito à saúde é objeto do artigo XI, que prescreve:

Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.

À guisa de ilustração, é interessante notar que o direito à saúde é também vinculado à dignidade da pessoa humana na Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos.

Essa Declaração, datada de 19 de setembro de 1981 e destinada à humanidade como “guia e instrução para aqueles que temem a Deus”⁷, relaciona e explicita vinte e três direitos fundamentais da pessoa humana.

Dentre esses direitos cita-se agora o que se refere à seguridade social, que é o décimo oitavo da relação.

Segundo o décimo oitavo enunciado, a pessoa humana tem o direito fundamental à alimentação, moradia, vestuário, educação e assistência médica. Embora se afirme que esse direito fundamental se adstringe aos recursos da comunidade, afirma-se também, por outro lado, que no particular a obrigação desta é ampla, abrangendo todas as pessoas que, devido a uma incapacidade temporária ou permanente, se encontrem em condições materiais desfavoráveis, que lhes impeçam de prover àqueles cuidados para consigo mesmas⁸. Parece peculiar a alusão à comunidade, não a isentando de obrigações para com os desvalidos,

⁷ “Universal Islamic Declaration of Human Rights”, de 21 Dhul Qaidah 141, no calendário lunar islâmico: “This is a declaration for mankind, a guidance and instruction to those who fear God. (Al Qur’an, Al-Imran 3:138)”.

⁸ Veja-se o texto em inglês: “XVIII – Right to Social Security. Every person has the right to food, shelter, clothing, education and medical care consistent with the resources of the community. This obligation of the community extends in particular to all individuals who cannot take care of themselves due to some temporary or permanent disability”.

mesmo quando faltem recursos materiais. Seria proveitoso, mas incabível nesta dissertação, aprofundar o conceito de comunidade na esfera do Direito Islâmico, e perquirir suas responsabilidades no tocante ao direito à saúde.

Saliente-se, por outro lado, que a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos é tão interessante que nela se registra a preocupação de enfatizar, nas notas explanatórias, três pontos básicos, aparentemente óbvios, mas amiúde esquecidos nas sociedades em geral, mesmo nos dias de hoje.

São três notas explicativas, a primeira informando que, na explicitação de direitos humanos que se acabou de fazer, e a menos que o contexto seja outro, o vocábulo “pessoa” refere-se tanto ao homem como à mulher, e a palavra “lei” alude à *Shari’ah*, que, por sua vez, implica a totalidade das normas provindas do *Qur’an* (Alcorão) e da *Sunnah*, assim como quaisquer outras normas extraídas dessas duas fontes mediante métodos considerados válidos pela jurisprudência islâmica⁹.

A segunda lembra que não há direito sem um dever correspondente: cada um dos direitos humanos enunciados importa o reconhecimento do dever correspondente¹⁰.

E a terceira, por último, ressalta que cada cidadão ou cidadã, no exercício e gozo dos direitos humanos relacionados, deve-se ater aos limites legais, a fim de não serem desrespeitados os direitos e liberdades dos demais cidadãos e cidadãs, e não serem infringidas as exigências da moralidade, da ordem pública e do bem-estar geral da comunidade¹¹.

Um outro texto que se traz à colação é o Preâmbulo da Constituição francesa de 1946. Discorrendo sobre ele, Jacques Robert anota caber à “*nation*” – pode-se entender como “ao Estado” – garantir a todos os cidadãos e cidadãs, em especial à

⁹ “Explanatory Notes. 1. In the above formulation of Human Rights, unless the context provides otherwise: a) the term ‘person’ refers to both the male and female sexes; b) the term ‘Law’ denotes the *Shari’ah*, i. e. the totality of ordinances derived from the *Qur’an* and the *Sunnah* and any other laws that are deduced from these two sources by methods considered valid in Islamic jurisprudence”.

¹⁰ Nas mesmas “Explanatory Notes”: “2. Each one of the Human Rights enunciated in this declaration carries a corresponding duty”.

¹¹ Ainda as citadas “Explanatory Notes”: “3. In the exercise and enjoyment of the rights referred to above every person shall be subject only to such limitations as are enjoined by the Law for the purpose of securing the due recognition of, and respect for, the rights and the freedom of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare of e Community (Ummah)”.

criança, à mãe e aos trabalhadores idosos, a proteção de sua saúde. O direito à saúde, continua o autor, é uma das grandes conquistas das sociedades modernas, se bem que o Estado, tendo reconhecido tal direito em favor das pessoas, não erigiu tal direito em liberdade pública, uma vez que, ao contrário, acabou por impor, sob a aparência de um direito fundamental, diversas obrigações que limitam o titular do direito à saúde às opções que o exercício desse direito oferece e que, às vezes, até transformam o próprio direito em um dever¹².

Apesar das ressalvas acima registradas, não se pode negar, reiterar-se, que o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida, circunstância de que deriva o seu caráter de direito humano. Jacques Robert alude a três disposições de direito positivo internacional – “*Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi*” (Convenção Européia, artigo 2º, § 1º). “*Tout individu a droit à la vie*” (Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10-12-1948). “*Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi*” (artigo 6º do *Pacte relatif aux Droits Civils et Politiques* – P.I.D.C.P.) – para observar que se trata de assertivas importantes, cujo conteúdo, porém, é impreciso, de modo que se deve perquirir, mediante e além dessas formulações, a garantia das condições necessárias à efetivação do direito à vida. Tal garantia desdobra-se em duas vertentes, uma relativa à segurança das pessoas, a outra, ao direito a uma vida digna¹³. A questão do direito à saúde insere-se na segunda vertente. Lembrando o texto do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no sentido de que “*toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille notamment pour l'alimentation*”, o autor formula a seguinte indagação:

Si on tient que les droits de l'homme sont indivisibles, les situations d'extrême pauvreté ne devraient elles pas être considérées comme des violations objectives du droit à la vie?¹⁴.

¹² ROBERT, Jacques, com a colaboração de DUFFAR, Jean. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. Montchrestien, 5ª edição, p. 190. “Ainsi en est-il de l'obligation de recevoir certains soins. Si, par exemple, des soins appropriés sont de nature à améliorer la santé d'un individu et, par là même, à réduire ou à supprimer la prestation qui lui est servie, ne peut-on pas considérer comme inadmissible l'attitude consistant à refuser ces soins?” (*ibidem*).

¹³ Obra citada, página 312.

¹⁴ Obra citada, páginas 314 e 315.

Conseqüentemente, situações de miséria devem ser consideradas também como violações objetivas do direito à saúde. Inegavelmente, pois, esse direito é inerente à pessoa humana e, assim, imbuído da natureza de direito humano, acarreta ao Estado o dever de proporcionar às pessoas carentes a assistência médico-hospitalar, os exames e os medicamentos de que, na contingência de alguma enfermidade, possam carecer.

Cabe também citar dois relevantes pactos universais, que valem como lei para o Brasil, que os ratificou. Cuida-se do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16-12-1966. O Governo Brasileiro, considerando ter o Congresso Nacional aprovado o texto desse Pacto por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12-12-1991, determinou fosse ele “executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém”, conforme Decreto nº 592, de 6-12-1992¹⁵.

No Preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos se faz alusão à dignidade da pessoa humana, nestes termos:

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis, constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...).

Conquanto esse Pacto não aluda, diretamente, ao direito à saúde, há nele dois dispositivos que guardam íntima relação com tal direito. Trata-se do direito à vida, reconhecido no início da Parte III (artigo 6º, item 1): “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”. E também se trata da proteção a que a família faz jus (artigo 23, item 1, da mesma Parte III): A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado”. Ora, se o direito da pessoa humana à saúde não for respeitado, esses dois outros valores afetos à dignidade humana acabarão por ser prejudicados. A moléstia poderá levar à morte ou à invalidez, do que resultarão inestimáveis danos, morais inclusive, para a família do paciente.

¹⁵ RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, página 461.

O outro é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado também por meio da Resolução nº 2.200-A, expedida na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16-12-1966. O Brasil aprovou-o por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12-12-1991, promulgando-o em 6-7-1992 mediante o Decreto nº 591. Esse Pacto constitui desdobramento dos artigos XXII e XXVII inclusive, da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁶. O Preâmbulo desse Pacto contém o mesmo considerando acima transcrito. Os seus outros considerandos enfatizam que os direitos iguais e inalienáveis da pessoa humana decorrem de sua própria dignidade, bem como que devem ser criadas as condições para o ser humano gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, que os Estados têm a obrigação de promover o respeito dos direitos e das liberdades da pessoa humana, e que cada indivíduo tem a obrigação de lutar pela promoção e observância de tais direitos¹⁷. No particular referente ao direito à saúde, cumpre destacar os artigos 9º e 12. Segundo o artigo 9º, os “Estados Membros no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social”, o que, evidentemente, tem em vista as duras contingências da enfermidade, invalidez e morte natural. O artigo 12, que contempla, especificamente, o direito à saúde, registra e impõe o seguinte:

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa humana de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, como o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

¹⁶ RANGEL, Vicente Marotta. Obra citada, página 453.

¹⁷ Esta é a íntegra dos considerandos:

“Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos, Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana, Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto, (...)”.

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças.
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.
- d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Importa lembrar, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica” e aprovada na Conferência realizada na Capital da Costa Rica em 22-11-1969. Essa Convenção está em vigor desde 18-7-1978, tendo o Brasil aderido a ela em 25-9-1992, conforme Decreto nº 678, de 6 de novembro do mesmo ano e que a promulgou¹⁸ datado dessa cidade. A Convenção, propriamente, não versa sobre o direito à saúde, se bem que assegura o direito da pessoa humana à vida desde o momento da concepção (artigo 4º, item 1) e o direito da família à proteção, por parte da sociedade e do Estado (artigo 17, item 1). Há, porém, o Protocolo de *San Salvador*. Cuida-se de “Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Vicente Marotta Rangel anota que esse Protocolo foi adotado e aberto à assinatura no XVIII Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, na Capital de *El Salvador*, em 17-11-1988. O Brasil o aprovou pelo Decreto Legislativo nº 56, de 19-4-1995¹⁹. O artigo 10 do Protocolo trata especificamente do direito à saúde, estatuidando no seu item 1 que toda pessoa tem direito à saúde, e que a saúde deve ser entendida como o desfrute do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. No item 2 ele registra que os Estados-partes, a fim de tornar efetivo o direito à saúde, comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público, e a adotar, especialmente, determinadas medidas para garantir esse direito. O dispositivo elenca seis medidas. São elas:

¹⁸ RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, página 477.

¹⁹ Obra citada, página 498. Segundo o autor, o “Protocolo de Salvador contempla direitos econômicos, culturais e sociais, não consignados anteriormente no sistema interamericano”.

- a) Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
- b) Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
- c) Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
- d) Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
- e) Educação da população sobre a prevenção e tratamento dos problemas de saúde, e
- f) Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por suas condições de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Parece irretorquível, por conseguinte, que o direito à saúde, positivado na Constituição Federal de 1988 como direito social, tem, afora essa qualificação que lhe deu a Assembléia Constituinte, também o atributo de direito tipicamente humano, por ser indissociável do direito à vida e, assim, da dignidade da pessoa humana. No capítulo seguinte essa concepção será retomada ao se cogitar da constitucionalização dos direitos fundamentais.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, conforme prescreve o artigo 1º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal.

O direito à saúde, por sua vez, foi incluído pela Constituição Federal entre os direitos e garantias fundamentais, sendo classificado como direito social.

Assim, a fundamentação baseada na dignidade da pessoa humana e no direito à saúde insere-se no âmbito da teoria do direito positivo, como, aliás, já observado na introdução deste trabalho.

Tal fundamentação, portanto, assenta-se no direito constitucional em vigor, cuja doutrina, no tocante aos dois aspectos em referência, passa-se agora a estudar.

Lembre-se, entretanto, mais uma vez a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, para se observar que, posto no Preâmbulo desse célebre ato normativo se faça menção aos direitos naturais da pessoa humana, inalienáveis e sagrados, a teoria do direito natural não será aqui abordada, uma vez que, como observado, não se trabalhará com tal categoria jurídica, mas, sim, com direitos positivos propriamente.

É inegável que, independentemente do sistema jurídico que se tenha em vista, a idéia da dignidade que caracteriza a natureza humana não pode ser, em hipótese alguma, desconsiderada, muito menos, portanto, e com mais razão ainda, quando tal idéia já integra, como no caso do sistema jurídico brasileiro, a ordem positiva, aliás, como princípio basilar.

Se às vezes a idéia da dignidade da pessoa humana assume contornos de valoração filosófica ou religiosa, é no âmbito da Ciência do Direito – numa acepção científica, por conseguinte – que ela deve ser considerada, seja pela positivação existente, na esfera universal inclusive, seja pela possibilidade da sanção caso

venha a sofrer violação. Far-se-á remissão ao aspecto da sanção quando se abordar o tópico alusivo à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Conseqüentemente, na esteira da idéia de dignidade humana, é importante atentar para o fato de que, como acima se assinalou, a Revolução Francesa se apegou aos conceitos de *droit naturel* e *Être Suprême* para fundamentar os seus anseios de liberdade, igualdade e fraternidade²⁰, importância que, no entanto, hoje se relega ao aspecto do estudo histórico, ao estudo da evolução do conceito até o momento de sua positivação na ordem jurídica.

Já não é preciso, pois, se preocupar com uma conceituação de direito natural – seria aquele que se caracterizaria pela inalienabilidade e pela inerência à dignidade da pessoa humana – para sustentar o argumento da proteção devida ao direito à saúde, que poderia mesmo ser apresentado como tal, caso já não fosse um direito perfeitamente positivado.

O direito à saúde é um direito positivo e, mais do que isso, um atributo erigido em direito fundamental da pessoa humana, ou simplesmente direito humano, como consta, consoante já se registrou neste trabalho, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e do Protocolo de *San Salvador* (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Viu-se, aliás, que a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos também atribuiu ao direito à saúde, lançando mão também de fundamentação religiosa, o valor de direito humano. E

²⁰ Convém transcrever, pela relevância das idéias que nele se contêm, tal Preâmbulo: “Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l’ignorance, l’oubli ou le mépris des droits de l’Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d’exposer, dans une Déclaration solennelle, es droits naturels, inaliénables et sacrés de l’Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. En conséquence, l’Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l’Être suprême, les droits suivants de l’Homme et du Citoyen”.

coroando todos esses atos normativos, pois de aplicação direta no País, a Constituição da República Federativa do Brasil.

Daí que, reitere-se, ao se pensar no direito à saúde hoje se pensa em direito positivo, algo concreto, que está posto na Constituição Federal para ser incondicionalmente respeitado, por nele se estar considerando que a vida e a saúde da pessoa humana constituem a base sobre a qual se edificam todos os demais valores jurídicos fundamentais, todo os outros direitos humanos também já positivados. Daí se segue que, devido a essa positivação na Constituição Federal, o que se tem é um direito vigente – à saúde -, havendo espaço apenas para a discussão de sua eficácia no plano da realidade social e para tanto se adotará, como ponto de referência e à guisa de exemplo, a luta contra o vírus HIV e a moléstia por ele causada, conhecida como Síndrome da Imunodeficiência Adquirida ou, como é popularmente denominada, Aids, sigla que a designa no idioma inglês.

Embora seja classificado pela Constituição Federal, no artigo 6º, como direito social, pode ser considerado como direito fundamental porque vinculado, como um de seus pressupostos básicos, ao direito da pessoa humana à vida, direito inscrito como inviolável no artigo 5º, *caput*, da mesma Constituição.

A positivação desse direito fundamental – o direito da pessoa humana à saúde -, entre outros direitos fundamentais significa, como salienta J. J. Gomes Canotilho, a incorporação dos direitos naturais e inalienáveis da pessoa humana na ordem jurídica positiva²¹.

Canotilho afirma que, em se tratando de direitos antes reputados simplesmente como naturais e inalienáveis, a positivação deve ser especial, caracterizada pela “dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes do Direito: as normas constitucionais”.

Sem tal positivação jurídica, com a caracterização acima mencionada, os direitos humanos – e com maior razão os direitos naturais - seriam simples esperanças, aspirações, idéias, impulsos e, mesmo, retórica política, “mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito

²¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Edições Almedina, Coimbra, Portugal, 7ª edição, 2003, página 377.

constitucional”, mas não “direitos no sentido de direito positivo”, fazendo-se a distinção entre “*droits de l’homme* na qualidade de normas de acção moralmente justificadas e *droits de l’homme* enquanto normas constitucionais dotadas de valor de direito positivo²².

O mesmo doutrinador, todavia, enfatiza a importância das premissas básicas de um sistema aberto de regras e princípios, em contraposição com um sistema positivo fechado.

Ele argumenta que a positivação constitucional não significa que os direitos fundamentais já não serão os elementos constitutivos da legitimidade constitucional, os elementos que legitimam e fundamentam a ordem jurídico-constitucional positiva.

Tampouco os transformará, por outro lado, em realidades jurídicas efetivas.

Com isso ele quer dizer que a positivação jurídico-constitucional não dissolve nem consome o momento em que um suposto direito natural se torna positivo, e tampouco as raízes que sustentam os direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a fraternidade, a igualdade e a liberdade.

É que por meio da constitucionalização dá-se a incorporação dos direitos subjetivos da pessoa humana em normas formalmente básicas, do que resulta como consequência primordial a proteção dos direitos fundamentais, que se efetiva pelo controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos que os regulam.

Por isso, e para que se efetive tal proteção, ressalta Canotilho, “os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’ ”²³.

Assim, na Constituição da República Federativa do Brasil está presente essa positivação jurídica do direito à saúde, fazendo com que tal direito ultrapasse a categoria de direito natural e se erija em direito positivo jurídico-constitucional, a prevalecer e se impor, por meio do controle jurisdicional da constitucionalidade, caso atos normativos inferiores o queiram limitar ou mesmo elidir.

²² Obra citada, *ibidem*.

²³ Obra citada, página 378 (grifo do autor).

A mesma prevalência e a mesma imposição devem também ter lugar caso a restrição ou elisão do direito à saúde advinha do abuso do poder econômico.

Esta, pois, a característica que realça a “especial dignidade de protecção dos direitos”, como se expressa Canotilho: a categoria de “fundamentalidade”, tanto num sentido formal como num sentido material²⁴.

A fundamentação formal se associa, geralmente, à constitucionalização e apresenta quatro importantes aspectos.

O primeiro aspecto é que normas que consagram direitos fundamentais são normas fundamentais, que por isso mesmo se colocam no grau superior da ordem jurídica.

O segundo aspecto é que essas normas fundamentais estão submetidas, como normas constitucionais, “aos procedimentos agravados de revisão”.

No âmbito do terceiro aspecto tem-se que, sendo normas que incorporam direitos fundamentais, passam muitas vezes a constituir os limites materiais da própria revisão.

O quarto aspecto consiste em que, sendo normas que imediatamente vinculam os poderes públicos, valem como parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais²⁵.

A fundamentação material, por sua vez, demonstra que o conteúdo dos direitos fundamentais constitui a estrutura básica do Estado e da sociedade.

Canotilho observa que a fundamentação material pode estar dissociada da constituição escrita e da fundamentação formal, exemplificando com a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*.

Observa também que somente a fundamentação material dá suporte para a abertura da constituição a outros direitos que, embora materialmente fundamentais, formalmente ainda não o são.

²⁴ Obra citada, *ibidem*.

²⁵ Obra citada, página 379.

Dá suporte também, por conseguinte, para a aplicação a esses direitos fundamentais, que por enquanto são constitucionais só materialmente, de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentação formal.

Dá suporte ainda para a abertura a novos direitos fundamentais.

Quando se cogita de abertura a outros direitos materialmente fundamentais, mas ainda não constitucionalizados, e abertura a novos direitos fundamentais, alude-se a cláusula aberta ou princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, expressões a que Canotilho prefere a seguinte: “norma com *fattispecie* aberta”, a qual, “com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente* consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional”²⁶.

Vê-se, pois, que a idéia de direitos fundamentais tem-se desenvolvido ao longo de um processo histórico, que pode ser dividido em duas épocas, segundo Canotilho, que ressalva, todavia, não ser esse processo tão linear como sua divisão o apresenta.

A primeira época é anterior ao *Virginia Bill of Rights* e à *Déclaration des Droits de l'Homme e du Citoyen*, datados respectivamente de 12-6-1776 e 26-8-1789, e se caracteriza pelo desconhecimento, quase que completo, da idéia de direitos fundamentais da pessoa humana.

A segunda época é a que transcorre após esses documentos históricos e que está marcada, fundamentalmente, pela constitucionalização ou positivação constitucional dos direitos da pessoa humana²⁷.

Na antiguidade inexistia, senão marginalmente, a idéia de direitos da pessoa humana, tanto que, ressalta o professor Canotilho, Platão e Aristóteles reputavam natural o estatuto da escravidão.

Platão, aliás, tinha por certo que somente um pequeno número de homens especialmente qualificados detinha o saber verdadeiro, que os habilitava ao

²⁶ Obra citada, páginas 378, 379 e 380 (grifo do autor).

²⁷ Obra citada, página 380.

comando do Estado, de sorte que os demais indivíduos, como súditos ou escravos, devia a esse pequeno grupo obediência incondicionada.

E Aristóteles, ao ser questionado sobre a iniquidade do estatuto da escravidão, acabou por defender a condição natural do escravo, que, conforme então fundamentou, não pertencia, pela lei natural, a si mesmo, mas a outrem, a despeito de sua própria humanidade.

Mas, a antiguidade clássica chegou a vislumbrar a idéia de direitos fundamentais por meio do pensamento sofisticado e do pensamento estoíco.

O pensamento sofisticado, partindo da natureza biológica comum dos seres humanos, apercebeu-se da igualdade natural e da idéia de humanidade, citando o professor Canotilho os exemplos de Antifon, para quem todos os seres humanos, bárbaros ou helenos, são iguais, e de Alcidas, que proclamava ter Deus criado livres todos os seres humanos, a nenhum fazendo escravo.

No pensamento estoíco o princípio da igualdade se destacava, enfatizando que todos os seres humanos se encontram sob um *nomos* unitário, que os transforma em cidadãos do grande Estado universal, daí derivando a igualdade de todos os seres humanos, o direito de todo o mundo e não apenas o do espaço correspondente à *polis*, o que delineava, já então, “a idéia de *universalização ou planetarização* dos direitos do homem”.

Em Roma o pensamento estoíco buscará fazer a doutrina da igualdade sair da antropologia e da ética, para entrar na filosofia e na política, o que levou Cícero a sustentar que a lei verdadeira é a razão coincidente com a natureza na qual todos participam, e Terêncio a exclamar: “Eu sou homem e nada do que é humano me é alheio”.

Apesar desses avanços, conclui Canotilho, a idéia da igualdade, assentada numa dimensão individual e cosmológica, ficou restrita ao plano filosófico, não chegando a converter-se, na antiguidade clássica, “em categoria jurídica e, muito menos, em medida natural da comunidade social”²⁸.

²⁸ Obra citada, páginas 380 e 381.

Na idade média as concepções cristãs, especialmente a de São Tomás de Aquino relativa ao direito natural, trouxeram à baila a discussão sobre a necessidade de se submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundamentadas na própria natureza dos seres humanos.

Nada obstante, pondera o professor Canotilho, deparou-se uma dificuldade: era a consciência humana que permitia avaliar a congruência do direito positivo com o direito divino, de modo que era necessário o “conhecimento das *leis justas* e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *lex positiva* com a *lex divina*”.

Assim, veio a ocorrer a secularização do direito natural, mediante a teoria dos valores objetivos da escolástica espanhola, representada por Francisco de Vitória, Vasquez e Suarez.

A teoria dos valores objetivos substituiu a vontade divina pela natureza ou razão das coisas, originando uma concepção secular do direito natural.

Tal concepção secular do direito natural foi posteriormente desenvolvida por Grotius, Puffendorf e Locke, sendo caracterizada pelos preceitos *rectae rationis*, noção que já fora explicitada por Guilherme de Ockam, no século XIV.

Os preceitos *rectae rationis*, “desvinculados do peso metafísico e nominalístico, conduzirão à idéia de *direitos naturais do indivíduo* e à concepção de *direitos humanos universais*”²⁹.

Isso, sem dúvida, em função do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que acabou por gerar a abertura constitucional, ou constitucionalidade em aberto. Tal abertura caracteriza o constitucionalismo pós-moderno, que se fundamenta na dignidade da pessoa e, assim, comporta a expansão ilimitada da personalidade humana, ensejando a produção eclética e difusa dos valores e princípios almejados pela sociedade contemporânea³⁰.

²⁹ Obra citada, página 382 (grifo do autor).

³⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Capítulo *O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas*, integrante do livro *1988 -1998 Uma década de Constituição*, organizado por Margarida Maria Lacombe Camargo e impresso pela Livraria e Editora Renovar Ltda., 1999.

Quando se pensa na dignidade da pessoa humana, pensa-se num dos princípios fundamentais da Constituição, no caso, a do Brasil. Mas, o que se deve entender por “princípios fundamentais”, no sentido em que a Constituição emprega tal expressão no seu Título I? José Afonso da Silva afirma que se deve entender que “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”, constituindo núcleos de condensação para onde confluem valores e bens constitucionais. Nisso, pois, distinguem-se das normas, que são, segundo o mesmo professor, preceitos propriamente³¹.

Os princípios constitucionais desdobram-se em duas categorias, uma a dos princípios político-constitucionais, outra a dos princípios jurídico-constitucionais. Os primeiros – princípios político-constitucionais – identificam-se com os princípios fundamentais de que tratam os artigos 1º a 4º do Título I da Constituição brasileira. Representam decisões políticas fundamentais, que se concretizaram em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, ou seja, normas-princípio, normas fundamentais de que derivam, logicamente, as normas particulares que regulam, de imediato, as relações específicas da vida social ou a forma particular de existência política da nação. Os princípios jurídico-constitucionais, por sua vez, são princípios constitucionais gerais, que delineiam a ordem jurídica nacional e decorrem de determinadas normas constitucionais, constituindo desdobramentos dos princípios fundamentais – e são por isso também chamados de “princípios derivados” -, como os da supremacia da Constituição, da constitucionalidade, da legalidade, da isonomia, da autonomia individual – que deriva da declaração de direitos -, da proteção social dos trabalhadores – que decorre da declaração dos direitos sociais -, da proteção da família, do ensino e da cultura, da independência da magistratura, da autonomia municipal, da organização e representação partidária, bem como os “princípios-garantias” – tais o da reserva legal, do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório, entre outros que constam dos incisos XXXVIII a LX do artigo 5º da Constituição³².

³¹ Preceitos “que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção, em favor de outrem” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 29ª edição, 2007, páginas 91 e 92).

³² No citado *Curso de Direito Constitucional Positivo*, páginas 92 e 93.

Entre os princípios constitucionais fundamentais, que, aliás, não têm uma única natureza, pois colimam definir e caracterizar a coletividade política e o Estado, assim como enumerar as principais opções político-constitucionais, figuram os princípios relativos ao regime político, sendo eles basicamente, conforme o artigo 1º da Constituição Federal, o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana, o do pluralismo, o da soberania popular, o da representação política e o da participação popular direta³³.

Dentre esses princípios é necessário, para os fins desta dissertação, voltar a atenção para o da dignidade da pessoa humana, o que ora se faz, trazendo-se à colação algumas reflexões extraídas de aprofundado ensaio da lavra de Ingo Wolfgang Sarlet³⁴.

Ao se estudar a questão da dignidade da pessoa humana um dos pontos em que o pensamento se detém refere-se à constatação de que a dignidade do ser humano é limite e tarefa, simultaneamente, dos poderes estatais, sendo certo que Sarlet salienta que ela é também limite e tarefa “da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade (...)”³⁵.

Assim, vendo-se a dignidade da pessoa humana nessa perspectiva de limite e tarefa, é possível sustentar que ela se caracteriza por uma dimensão dúplice, de um lado como expressão da autonomia da pessoa e de outro, como necessidade de protegê-la, dar-lhe assistência quando estiver fragilizada e, principalmente, quando lhe faltar capacidade de autodeterminação. Quanto ao aspecto da autonomia, vincula-se à idéia de autodeterminação, ou seja, a capacidade de tomar as decisões

³³ Essa mesma obra, páginas 93 e 94.

³⁴ *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 5ª edição, 2007.

³⁵ Obra citada, página 48. Algumas linhas abaixo, iniciando-se na mesma página, segue-se esta consideração: “Desde logo, percebe-se (ao menos assim o esperamos) que com o reconhecimento de uma dimensão cultural e prestacional da dignidade não se está a aderir à concepção da dignidade como prestação, ao menos não naquilo em que se sustenta ser a dignidade não um atributo ou valor inato e intrínseco ao ser humano, mas sim, eminentemente uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação”.

essenciais no tocante à própria existência. Quanto ao aspecto da necessidade, salienta-se que a proteção ou assistência deve provir da comunidade e do Estado³⁶.

Conseqüentemente, não é possível desrespeitar a dignidade da pessoa em abstrato, ou seja, a dignidade da pessoa humana é passível de desrespeito apenas em situações concretas, envolvendo um ou mais de um seres humanos, determinados, reais, do que decorre “a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, razão pela qual não se deverá confundir as noções de dignidade da pessoa humana e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo”³⁷.

A dignidade da pessoa humana tem natureza relacional e comunicativa, constitui uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo, com isso se querendo dizer que a consideração e o reconhecimento recíproco da dignidade no âmbito de uma dada comunidade ligam entre si as pessoas que aí convivem. Supera-se assim a concepção biológica - reducionista e vulnerável – da dignidade dos seres humanos, sem elidir, evidentemente, a consideração da dignidade da vida de um modo geral. E se impõe o reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas humanas e da igualdade de todas elas em direitos, sem prejuízo da vinculação a uma qualidade comum, uma humanidade comum compartilhada por todos os seres humanos, que, potencialmente, podem se comunicar de maneira mútua, uns com todos os demais, entrando-se numa relação moral recíproca³⁸.

Acresce ter a dignidade da pessoa humana, “na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais”, caráter multidimensional, que abrange uma

³⁶ Obra citada, página 50. O autor observa que a dignidade, no aspecto assistencial ou protetivo da pessoa humana, pode em determinadas circunstâncias prevalecer em relação ao aspecto da autonomia, no sentido de que “todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico/ou internação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido)”.

³⁷ Obra citada, página 53. O autor preconiza que se registre, nesse contexto, “o significado da formulação adotada pelo nosso Constituinte de 1988, ao referir-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do nosso Estado democrático de Direito”, e ressalta que, nesse sentido, a concepção de dignidade humana, em sua dimensão jurídica e institucional, “tem por escopo o indivíduo (a pessoa humana), de modo a evitar a possibilidade do sacrifício da dignidade da pessoa individual em prol da dignidade humana como bem de toda humanidade ou na sua dimensão transindividual”.

³⁸ Obra citada, página 57.

dimensão ontológica – não necessariamente biológica, como visto -, uma dimensão histórico-cultural, a dupla dimensão negativa e prestacional, e ainda outra dupla dimensão, a objetiva e a subjetiva. Se não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, se não houver condições mínimas para uma existência digna, se não houver limitação do poder estatal, se a liberdade e a autonomia, se a igualdade em direitos e dignidade e se os direitos fundamentais não forem reconhecidos – positivados – e garantidos – puderem ser, efetiva e eficazmente, exercidos e cumpridos -, não se vislumbrará a dignidade da pessoa humana, com a conseqüência de que ela, a pessoa humana, acabará por ser “objeto de arbítrio e injustiças”. Sarlet escreve lapidarmente:

Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as conseqüências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade³⁹.

Pode-se assim chegar à conceituação jurídica de dignidade da pessoa humana. Veja-se, em suas próprias palavras, a proposição de Sarlet:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁴⁰.

Tendo-se presente, pois, a questão do significado e conteúdo da dignidade da pessoa humana, particularmente em se considerando sua “condição de princípio normativo fundamental”, hão de se deparar as concepções que atribuem a tal

³⁹ Obra citada, página 61.

⁴⁰ Obra citada, página 62 (grifo do autor).

dignidade uma qualificação especial, reputando-a norma jurídica fundamental de uma determinada ordem jurídico-constitucional⁴¹.

Como, pois, avaliar a posição jurídico-normativa da dignidade da pessoa humana no âmbito do ordenamento constitucional brasileiro? Sarlet observa que, diferentemente de outras ordens constitucionais que também previram expressamente a dignidade da pessoa humana, mas nem sempre foram claras quanto ao seu correto enquadramento, a brasileira usou de adequada clareza - aparentemente, pelo menos, ressalva o autor -, uma vez que o Constituinte de 1988 optou por não a incluir no rol dos direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhe, diversamente, a condição de princípio e valor fundamental, como se lê no artigo 1º, inciso III. Ele escreve, em complemento:

Aliás, a positivação na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional luso-brasileiro e espanhol, apenas para mencionar os modelos mais recentes e que têm exercido – ao lado do paradigma germânico – significativa influência sobre a nossa própria ordem jurídica⁴².

O caráter normativo e, por conseguinte, vinculativo da dignidade da pessoa humana perfaz uma condição da qual decorrem conseqüências que, por se referirem à questão de sua eficácia e efetividade, são muito importantes, devendo, por isso, ser abordadas no que tange a um aspecto específico: as funções que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce na ordem jurídico-constitucional brasileira, bem como o vínculo de tal princípio com as normas que definem os direitos e as garantias fundamentais. Sarlet ressalta que a condição de princípio é inteiramente compatível com o reconhecimento da plenitude da eficácia e, assim, com a plena vinculatividade da dignidade da pessoa humana em sua dimensão jurídico-normativa, “seja na perspectiva objetiva, seja como fundamento de posições

⁴¹ Obra citada, página 67. Sarlet cita nesse passo o livro *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, de Carlos Roberto Siqueira Castro – autor também mencionado nesta dissertação -, para enfatizar que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade da pessoa humana. E arremata: “Aliás, neste contexto vem a calhar a afirmação de que, além da abertura (e, de certo modo, do diálogo) propiciado pelo amplo reconhecimento da dignidade como princípio também jurídico fundamental, está a se verificar uma expansão universal de uma ‘crença’ na dignidade da pessoa humana, que também pode ser vinculada aos efeitos positivos de uma globalização jurídica”.

⁴² Obra citada, páginas 68 a 70.

subjetivas”. Nesse passo, reportando-se ao prefácio que Paulo Bonavides redigiu para a primeira edição do seu livro ora em estudo – e que depois foi também publicado numa coletânea de textos, todos de Bonavides e intitulada *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* – Sarlet apresenta a seguinte ponderação:

Neste sentido, não haveria como deixar de colacionar a luminosa (embora não de todo incontroversa) exortação de Paulo Bonavides, que, referindo-se justamene ao princípio da dignidade da pessoa humana, afirmou que “sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados⁴³ .

É, portanto, indissociável a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Aliás, Sarlet argumenta que, mesmo nas ordens normativas que não fazem menção expressa à dignidade da pessoa humana, ela estará sempre presente, “na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”⁴⁴.

Quanto aos direitos sociais, econômicos e culturais, também constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana? Sarlet responde afirmativamente, observando que, para tanto, tais direitos podem ser considerados na condição de direitos de defesa (negativos) e também em sua dimensão prestacional, ou seja, em que atuam como direitos positivos. Ele se refere aos direitos trabalhistas, salientando que resultaram de reivindicações das classes trabalhadoras, motivadas “pelo alto grau de opressão e degradação que caracterizava, de modo geral, as relações entre capital e trabalho manifestamente indignas”. Ele se refere também aos direitos sociais de cunho prestacional, ressaltando que vão ao encontro da igualdade e da liberdade material, e que têm por

⁴³ Obra citada, página 77.

⁴⁴ Obra citada, página 86. Ele assim completa a argumentação: “Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”.

finalidade proteger a pessoa humana contra as necessidades de ordem material, assim como garantir-lhe uma existência com dignidade⁴⁵.

É inegável, por conseguinte, que o princípio da dignidade da pessoa humana assumiu uma posição de destaque. O conteúdo de dignidade da pessoa humana pode ser identificado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais. E, por outro lado, o conteúdo de dignidade da pessoa humana em cada direito fundamental não se sujeita, em hipótese alguma, a restrições⁴⁶.

Desse modo, no âmbito da função protetiva – e defensiva, conseqüentemente – da dignidade da pessoa humana, proíbe-se o retrocesso no que toca aos direitos fundamentais, principalmente na esfera “dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional”. Se houver medidas supressivas ou restritivas – legislativas ou executivas - de prestações sociais implementadas – seriam retrocessivas em matéria de conquistas sociais -, deverão ser consideradas inconstitucionais, por violação do princípio que veda o retrocesso, “sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais”⁴⁷.

Em havendo, pois, uma medida de cunho retrocessivo, será preciso verificar se ela não viola o princípio da proibição de retrocesso. Ela não o violará se tiver uma justificativa de porte constitucional e se salvaguardar o núcleo essencial dos direitos

⁴⁵ Obra citada, páginas 93 a 95. O autor pondera que as constatações por ele referidas, tal como acima sumariadas, têm servido, em linhas gerais, “para fundamentar um direito fundamental (mesmo não expressamente positivado, como já demonstrou a experiência constitucional estrangeira) a um mínimo existencial, compreendido aqui – de modo a guardar sintonia com o conceito de dignidade proposto nesta obra – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital) mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável como deflui do conceito de dignidade adotado nesta obra”.

⁴⁶ Obra citada, página 122. Sarlet argumenta pela proteção dos direitos fundamentais mediante a dignidade da pessoa humana: “Na mesma linha, situam-se os entendimentos de acordo com os quais uma violação do núcleo essencial – especialmente do conteúdo em dignidade da pessoa – sempre e em qualquer caso será desproporcional. É precisamente neste sentido – seja qual for o posicionamento adotado – que, nesta quadra da exposição, se poderá falar em proteção dos direitos fundamentais por meio da dignidade da pessoa”.

⁴⁷ “(...) especialmente – continua Sarlet – e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana (já que também aqui não há identidade necessária entre as noções de conteúdo essencial e conteúdo em dignidade) no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial” (Obra citada, páginas 124 e 125).

sociais, “notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas”⁴⁸.

⁴⁸ Obra citada, página 126. Eis como Sarlet prossegue com o seu raciocínio: “(...) também haverá de ser respeitado o princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, pelo menos daqueles que possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana, tudo a demonstrar que também nesta esfera – em se considerando a necessidade de uma hierarquização à luz do caso concreto – vigora o já referido postulado do *in dubio pro dignitate*”.

4 A ORDEM CONSTITUCIONAL EM VIGOR

4.1. O CONCEITO MODERNO DE CONSTITUIÇÃO. CONCEITO MATERIAL E CONCEITO FORMAL. CONSTITUIÇÃO RÍGIDA E CONSTITUIÇÃO PROLIXA.

Como no capítulo precedente se enfatizou a importância da positivação constitucional dos direitos da pessoa humana, parece adequado iniciar este capítulo com uma pergunta básica: o que é uma Constituição, em especial em se considerando o sentido moderno do termo.

É o que se faz, antes de se abordar, propriamente, a ordem constitucional vigente no Brasil.

Uma Constituição moderna representa a ordenação sistemática e racional da comunidade política, por meio de um documento escrito, em que se declaram as liberdades e os direitos das pessoas que integram o povo de um dado país, bem como se definem os limites do poder político que rege a vida desse país.

Daí Canotilho afirmar que esse conceito, uma vez desdobrado, acaba por evidenciar as dimensões fundamentais que ele incorpora, quais sejam:

- a) em primeiro lugar, a própria ordenação jurídica e política, consubstanciada num documento escrito;
- b) em segundo lugar a declaração, exarada nesse documento, de um conjunto de direitos fundamentais e a asserção de uma determinada maneira de garanti-los;
- c) em terceiro e último lugar, a organização do poder político, e de tal modo que ele apresente sempre as características de poder limitado e moderado⁴⁹.

Trata-se, no dizer de Canotilho, de um conceito ideal, isto é, sem correspondência com os modelos históricos de constitucionalismo, particularmente o da Inglaterra, o dos Estados Unidos da América e o da França.

⁴⁹ Obra citada, página 52.

Nada obstante, é o conceito que leva ao Estado constitucional, quer dizer, o Estado submetido ao direito, regido por leis e que, de resto, dispõe de poderes específicos, poderes que, por isso mesmo, não se imiscuem entre si, não se confundem.

Enseja, pois, esse conceito a estruturação do Estado constitucional, o Estado que apresenta as qualidades preconizadas pelo constitucionalismo moderno, qualidades que consistem na submissão ao direito e ao princípio democrático, designando-se assim tal Estado como “Estado de direito democrático”⁵⁰.

O Estado constitucional é uma categoria superior à do Estado de Direito e está fundamentado em três legitimidades concretas, quais sejam, (1ª) a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico, (2ª) a legitimidade de uma ordem de domínio e (3ª) a legitimidade do exercício do poder político⁵¹.

A Constituição política, ou Constituição do Estado, portanto, é o que caracteriza o Estado constitucional, sendo importante anotar que, consoante Paulo Bonavides, dela se apresentam dois conceitos, um material e outro formal.

O conceito material mostra a Constituição como o conjunto das normas relacionadas com a organização do poder, a distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos individuais e sociais da

⁵⁰ Obra citada, páginas 92 e 93.

⁵¹ Assim se expressa Canotilho: O **Estado constitucional** é “mais” do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legitimação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual “todo o poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*. Alguns autores avançam mesmo a idéia de democracia como valor (e não apenas como processo), irrevisivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática (Obra citada, página 100. O negrito, as aspas e os grifos são do próprio autor).

pessoa humana, e tudo que se refira ao conteúdo básico atinente à composição e ao funcionamento da ordem política⁵².

O conceito material de Constituição, nas palavras de Paulo Bonavides, pode ser assim resumido:

Em suma, a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão-somente ao conteúdo das determinações *mais importantes*, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria *constitucional*⁵³.

Quanto ao conceito formal de Constituição devem ser feitas, acompanhando-se o pensamento de Paulo Bonavides, várias observações, mas desde logo se pode frisar que a idéia básica que deflui do conceito formal prende-se às dificuldades de se reformar a Constituição.

Há matérias que, embora não se refiram aos elementos institucionais da organização política, acabam por ser introduzidas na Constituição, de modo que, revestindo-se de aparência constitucional, essas matérias passam a ter garantia e valor mais elevados do que lhes seria conferido pela legislação ordinária.

Essas matérias, pois, em tal circunstância, foram inseridas no texto constitucional de maneira imprópria, apenas formal, uma vez que, materialmente, não guardam relação direta com os pontos básicos da existência política e, nada obstante, por terem sido postas na Constituição agora só poderão ser suprimidas ou alteradas mediante o procedimento especial, solene e complexo de reforma da própria Constituição, procedimento que pode implicar, entre outras exigências, maioria qualificada, votação repetida em legislaturas sucessivas, ratificação pelos Estados-membros etc.

Eis como se expressa Paulo Bonavides a respeito do conceito formal de Constituição:

Essa forma *difícil* de reformar a Constituição ou de elaborar uma lei constitucional, distinta pois da *forma fácil* empregada na feitura da

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros Editores, 20ª edição, página 80.

⁵³ Obra citada, página 81 (grifo do autor).

legislação ordinária – cuja aprovação se faz em geral por maioria simples, com ausência daqueles requisitos – caracteriza a Constituição pelo seu *aspecto formal*⁵⁴.

Importa ainda trazer à baila dois conceitos a que se subsume a Constituição da República Federativa do Brasil, o de Constituição rígida e o de Constituição prolixa.

A Constituição rígida opõe-se à flexível, ou seja, a primeira exige, para ser reformada, um procedimento solene e complexo, ao passo que a segunda não impõe nenhum requisito especial para sua própria reforma, podendo ser emendada ou revista por meio do procedimento que se emprega para a promulgação ou revogação da lei ordinária⁵⁵.

A Constituição da República Federativa do Brasil é rígida, só podendo ser alterada se forem cumpridos todos os requisitos estabelecidos por seu artigo 60, além do que ela proíbe, nos termos do § 4º desse artigo, se apresente proposta de emenda com a finalidade de abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Alexandre de Moraes, aliás, considera “super-rígida” a Constituição Federal brasileira em vigor:

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como *super-rígida*, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º - cláusulas pétreas)⁵⁶.

Já a Constituição prolixa contrapõe-se à concisa, em termos de extensão, isso significando que, se aquela traz em seu bojo matérias que por sua natureza estão fora do âmbito do Direito Constitucional, esta, de maneira diversa, se restringe a

⁵⁴ Obra citada, página 82 (grifo do autor).

⁵⁵ Paulo Bonavides afirma que quase “todos os Estados modernos aderem a essa forma de Constituição, nomeadamente os do espaço atlântico. Variável, porém, é o grau de rigidez apresentado. Certos autores chegam até a falar em Constituições rígidas e semi-rígidas” (Obra citada, página 83).

⁵⁶ *Direito Constitucional*, Editora Atlas, 19ª edição, página 5 (grifo do autor).

encerrar princípios gerais ou regras básicas de organização e funcionamento do sistema jurídico estatal, deixando para a esfera da legislação complementar ou orgânica tudo o que diga respeito à pormenorização desse mesmo sistema jurídico⁵⁷.

Qual a razão da tendência a haver cada vez mais Constituições prolixas?

Paulo Bonavides dá sua opinião, que parece irrefutável, sobretudo quando se tem em vista a pessoa humana em seus direitos fundamentais à vida e à saúde:

As Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em conseqüência principalmente das seguintes causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social⁵⁸.

Assim, ao cogitar da ordem constitucional brasileira, pode-se afirmar ter ela instituído um Estado constitucional democrático, sendo importante ter isso em vista quando se cuida do direito à saúde, formalmente incluído numa Constituição rígida e prolixa justamente para se assegurar a efetivação desse direito.

4.2. COMO CLASSIFICAR A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. AS NORMAS CORRELATAS SÃO PROGRAMÁTICAS?

Uma Constituição deve ter duas dimensões fundamentais, sendo a primeira a da pretensão de estabilidade em seu atributo de ordem jurídica fundamental ou de

⁵⁷ Paulo Bonavides. Ob. cit., p. 91. O autor, aliás, a propósito das Constituições prolixas, assevera que, “cada vez mais numerosas, são em geral aquelas que trazem matéria por sua natureza alheia ao direito constitucional propriamente dito. Trata-se ora de minúcias de regulamentação, que melhor caberiam em leis complementares, ora de regras ou preceitos até então reputados pertencentes ao campo da legislação ordinária e não do Direito Constitucional, em cuja esfera entram apenas formalmente, por arbítrio do legislador constituinte, para auferir garantias que só a Constituição proporciona em toda a amplitude” (*ibidem*).

⁵⁸ Obra citada, página 92.

estatuto jurídico, ao passo que a segunda consiste na pretensão de dinamicidade, no sentido de ensejar aberturas para mudanças no âmbito político⁵⁹.

Devido a essa duas dimensões fundamentais, Canotilho enfatiza a necessidade de se relativizar a distinção ente Constituições rígidas e Constituições flexíveis, observando que a Constituição, como ordem jurídica fundamental, deve manter os atributos da estabilidade e da rigidez, no tocante ao “núcleo duro” ou dimensões estruturantes que a caracterizam, tais como o princípio do estado de direito, o princípio democrático, os direitos, liberdades e garantias, a separação dos órgãos de soberania, a descentralização territorial, entre outras, mas, por outro lado, lembrando que o futuro é também uma tarefa indeclinável que se lhe atribui, a Constituição deve ensejar aberturas para fazer face à dinamicidade da vida política e social⁶⁰.

À Constituição, pois, impende configurar uma ordem aberta e para tanto, segundo Canotilho, precisa ser também uma “ordem-quadro” ou ordem fundamental, o que significa que lhe cabe definir a conformação jurídica do Estado e, além disso, estabelecer os princípios relevantes para uma sociedade aberta bem ordenada, mesmo porque a Constituição é um processo público que hoje se desenvolve numa sociedade aberta ao pluralismo social, aos fenômenos organizativos supranacionais e à globalização econômica⁶¹.

⁵⁹ J.J. Gomes Canotilho, obra citada, p. 1435.

⁶⁰ Referindo-se expressamente ao livro intitulado *Grundzüge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, de Konrad Hesse, juspublicista alemão, Canotilho escreve: “Compreende-se, assim, que um conhecido juspublicista alemão fale da *polaridade* dos elementos de estabilidade e flexibilidade como um problema de ‘coordenação justa’ desses momentos e não como um problema de alternativa. No mesmo sentido se fala da relação de *continuidade/mudança* garantida pelas constituições: (1) ao estabelecerem princípios e procedimentos socialmente institucionalizados, os textos constitucionais procuram assegurar a ‘segurança’, ‘certeza’, ‘vinculatividade’ e ‘calculabilidade’ indispensáveis a qualquer *ordem* jurídica; (2) ao introduzirem procedimentos de mudança (ex.: normas de revisão) as constituições introduzem no *estatuto jurídico do político* horizontes temporais diferenciados que lhes permite continuar a assegurar um eventual *consenso intergeracional* e evitar uma insustentável *distância* entre a constituição escrita e a constituição material” (Obra citada, páginas 1435 e 1436. (grifos do autor).

⁶¹ Canotilho observa, em complemento: “Sendo assim, a ordem-quadro fixada pela constituição é necessariamente uma *ordem parcial e fragmentária* carecida de uma *atualização concretizante* quer através do ‘legislador’ (interno, europeu e internacional) quer através de esquemas de regulação ‘informais’, ‘neocorporativos’, ‘concertativos’, ou ‘processualizados’ desenvolvidos a nível de vários subsistemas sociais (econômico, escolar, profissional, desportivo). A autocontenção dos textos constitucionais no sentido de se limitarem a definir uma *ordem essencial constitucional básica* prende-se com o assinalado fenômeno da *pluralização dos mundos e pluralização dos pontos de vista* característicos das chamadas sociedades pós-modernas (Obra citada, página 1436. Grifos do autor).

É preciso ter cautela, ressalta Canotilho, ao se pretender, por meio da Constituição, regular dimensões básicas da sociedade, evitando-se a transformação de um consenso constitucional básico num conglomerado de diferenças, daí a razão pela qual a Constituição deve servir de ordem-quadro, com aptidão para absorver as tensões resultantes da integração republicana e comunitária, bem como o pluralismo social, econômico e político, sem ter, todavia, um caráter dirigente em demasia, caracterizado pela hipertrofia de normas programáticas vinculadas a políticas públicas como, por exemplo, as da economia, do ensino ou da saúde⁶².

São quatro as funções da Constituição: unidade, justificação, proteção e ordenação, consistindo a função de unidade em dar a “*revelação normativa do consenso fundamental* de uma comunidade política relativamente a princípios, valores e idéias directrizes que servem de padrões de conduta política e jurídica nessa comunidade”⁶³.

A função de justificação significa que a Constituição dá legitimidade a uma ordem política e legitimação aos titulares do poder político⁶⁴, cabendo-lhe também a função de legitimação do poder, no sentido de que a Constituição funda o poder, limita-o e regula o seu exercício, com o que ela justifica - ou legitima - o exercício da

⁶² Isso porque, explica Canotilho, tais políticas públicas sujeitam-se à mudança política democrática ou dependem da capacidade de prestação de outros subsistemas sociais como, exemplificativamente, as políticas de pleno emprego, investimento ou de habitação, sendo certo que, todavia, essas ressalvas não significam que a Constituição não deva ter um papel de mudança social. A Constituição sempre será um “documento radical”, entre os limites da realidade – ou da constituição material – e os limites “reflexivos” de uma lei – da relativa incapacidade de prestação (Obra citada, página 1437).

⁶³ J. J. Gomes Canotilho, obra citada, página 1438. Trata-se dos princípios fundamentais inscritos na Constituição e que definem padrões de conduta política e jurídica adotados, mediante um consenso fundamental, numa dada sociedade nacional. Princípios como o do estado de direito, o democrático, o da socialidade, o republicano, o da dignidade da pessoa humana, o pluralista, o da separação e interdependência dos poderes (“órgãos de soberania”), o majoritário, o da fiscalização judicial dos atos do poder público, etc.”

⁶⁴ Tal legitimidade e tal legitimação articulam-se, o que leva Canotilho a escrever o seguinte: “A constituição não se legitima através da simples *legalidade*, ou seja, não é pelo facto de ela ser formalmente a lei superior criada por um poder constituinte, que ela pode e deve ser considerada legítima. A legitimidade de uma constituição (ou validade material) pressupõe uma conformidade substancial com a **ideia de direito**, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico. Consequentemente, a constituição não representa uma simples positivação do poder. É também a positivação dos valores jurídicos radicados na consciência jurídica geral da comunidade. Quando uma lei constitucional logra obter *validade* como ordem justa e *aceitação*, por parte da colectividade, da sua bondade ‘intrínseca’, diz-se que uma constituição tem **legitimidade**. Mas se a constituição tem legitimidade compreende-se que ela própria tenha uma *função de legitimidade*. Ela contribui para a sua aceitação real (consenso fáctico ou aceitação fáctica ou sociológica) e para uma *boa ordenação da sociedade* assente em princípios de justiça normativo-constitucionalmente consagrados” (Obra citada, páginas 1439 e 1440. (grifos e negritos do autor).

“coacção física legítima”, de sorte que num estado constitucional não existe “poder” que não tenha sido instituído pela própria Constituição e não esteja por ela juridicamente vinculado⁶⁵.

A função de garantir os direitos e liberdades da pessoa humana é corolário da constitucionalização desses mesmos direitos e liberdades, no sentido de que, segundo Canotilho, os direitos constitucionalmente garantidos e protegidos representam a positivação jurídico-constitucional de direitos e liberdades inerentes à pessoa humana e preexistentes ao Estado⁶⁶.

Mediante a função de garantia também se limita o poder, dado ser a Constituição o direito ou a lei superior, que, como escreve Canotilho, vincula em termos não só políticos, mas também jurídicos, os titulares do poder⁶⁷.

A função de ordenação importa que, sendo a Constituição a ordem fundamental do Estado ela, consoante Canotilho, “conforma juridicamente a instituição social de natureza global, composta por uma multiplicidade de órgãos diferenciados e interdependentes”, que se costuma designar como Estado, além do que é ela a “norma das normas”, determinando “o valor, a força e a eficácia das restantes normas do ordenamento jurídico (das leis, dos tratados, dos regulamentos, das convenções colectivas de trabalho, etc)”⁶⁸.

Assim, podem-se identificar na Constituição da República Federativa do Brasil a ocorrência dessas quatro funções, podendo-se também nela ver as características de Constituição aberta e ordem-quadro.

Por outro lado, como anota Alexandre de Moraes, é uma Constituição analítica - ou dirigente -, no sentido de que analisa e regulamenta todos os assuntos relevantes ao desenvolvimento do Estado e, por outro lado, define fins e programas de ação futura⁶⁹.

Trata-se de uma Constituição programática, por abranger disposições que Canotilho designa como “normas-tarefa” e “normas-fim”, que, por sua vez, definem

⁶⁵ J. J. Gomes Canotilho. Obra citada, página 1440.

⁶⁶ Obra citada, página 1440.

⁶⁷ *Idem, ibidem* e página 1441.

⁶⁸ *Idem*, página 1441.

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, Editora Atlas, 19ª edição, 1992, página 6.

programas de ação e linhas de orientação dirigidas ao Estado, ou seja, a Constituição Federal brasileira não é apenas um “instrumento de governo”, não se restringe, simplesmente, a individualizar os órgãos e estatuir as competências e procedimentos da ação dos poderes públicos⁷⁰.

Canotilho entende que a idéia de “programa” associa-se ao caráter dirigente da Constituição, neste sentido:

A Constituição comandaria a acção do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas. Hoje, em virtude da transformação do papel do Estado, o programa constitucional assume mais o papel de legitimador da *socialidade estatal* do que a função de um direito dirigente do centro político⁷¹.

Segundo Paulo Bonavides, a face moderna das Constituições é a programática, se bem que, ressalva, a norma constitucional programática encerra uma fragilidade que torna duvidosa sua eficácia e juridicidade⁷².

A norma constitucional programática está adstrita aos direitos fundamentais, pois, como observa Paulo Bonavides:

Não se deve por outro lado esquecer que a programaticidade das normas constitucionais nasceu abraçada à tese dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, revolucionando o sentido dos direitos fundamentais, conferiu-lhes nova dimensão, tendo sido inicialmente postulados em bases programáticas⁷³.

⁷⁰ Obra citada, página 217.

⁷¹ Obra citada, páginas 217 e 218 (grifo do autor).

⁷² Quanto a esse tópico, ele faz as seguintes ponderações: “Hoje, porém, já nos acercamos da consolidação desse entendimento. As normas programáticas, às quais uns negam conteúdo normativo, enquanto outros preferem restringir-lhe a eficácia à legislação futura, constituem no Direito Constitucional contemporâneo o campo onde mais fluidas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política. Vemos com freqüência os publicistas invocarem tais disposições para configurar a natureza política e ideológica do regime, o que aliás é correto, enquanto naturalmente tal invocação não abrigar uma segunda intenção, por vezes reiterada, de legitimar a inobservância de algumas determinações constitucionais. Tal acontece com enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, às quais comodamente se atribui a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional” (*Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 20ª ed., p. 245).

⁷³ Obra citada, página 246.

Paulo Bonavides afirma que as normas programáticas vinculam comportamentos públicos futuros, pois o Constituinte, por meio delas, estabelece premissas que, formalmente, devem pautar o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais, e, materialmente, devem regulamentar uma certa ordem de relações. As declarações constitucionais, por outro lado, podem ter função limitativa – aqui com eficácia jurídica máxima - e função programática – aqui com eficácia jurídica mínima -, sendo certo que as normas programáticas podem apresentar-se com diferentes graus de generalidade, algumas se caracterizando por um sentido estrito – são as normas programáticas propriamente ditas -, outras por um sentido lato – a maioria das normas constitucionais⁷⁴.

Uma norma constitucional pode apresentar-se como “norma-princípio” ou “norma-básica” e, como tal, constituir fundamento para uma ou mais normas particulares subordinadas. As normas constitucionais que têm essa característica transfiguram-se em “princípios gerais”, cuja adoção implica priorizar o desenvolvimento de uma ordenação jurídica que abrange as relações a que o princípio geral adotado se refere. Assim, a “norma-princípio” – ou princípio geral – é norma programática em acepção lata, e tem eficácia jurídica, de modo que o vínculo programático por ela instituído condiciona a lei ordinária e dele deriva uma eficácia interpretativa em relação a esta, que não pode contradizer o princípio de que emana.

Quanto às normas constitucionais programáticas em sentido estrito, ou normas programáticas propriamente ditas, revestem-se da seguinte característica: o Estado delas se serve para adotar um programa de ação e o impõe a seus órgãos legislativos e executivos, que o devem, obrigatoriamente, implementar consoante os critérios, modos e procedimentos da correspondente atividade. Como diz Paulo Bonavides:

Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de

⁷⁴ Obra citada, páginas 246 e 247.

partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes⁷⁵.

Pode-se concluir, pois, que as normas programáticas têm valor diretivo – servem de guia e orientação ao intérprete – e são, além disso, juridicamente eficazes⁷⁶.

4.3. A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988⁷⁷, atribui ao direito à saúde a importância que lhe é própria.

Já no Preâmbulo o direito à saúde está subentendido.

Ali se afirma que a Assembléia Nacional Constituinte instituiu um Estado Democrático destinado a cumprir a seguinte missão:

(...) 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 (...).

O conceito de bem-estar vincula-se estreitamente ao de saúde: a pessoa humana não pode fruir de bem-estar se seu direito à saúde estiver comprometido, se não puder preservar ou, mediante tratamento, recuperar sua saúde.

No Título I, que versa sobre os princípios fundamentais, está assentado o artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem, entre os demais fundamentos ali especificados, o da cidadania.

O conceito de cidadania abrange o exercício do direito à saúde.

⁷⁵ Obra citada, páginas 247 a 249.

⁷⁶ Paulo Bonavides, ob. cit., pp. 249 e 250.

⁷⁷ “Códigos – Tributário – Processo Civil e Constituição Federal”, Editora Saraiva, 2ª edição, 2006, página 9.

No artigo 3º está declarado que os objetivos fundamentais do Estado brasileiro consistem, entre outros aspectos, em fomentar a solidariedade social, a igualdade material e o bem-estar de todos os cidadãos⁷⁸.

No artigo 4º consagra-se a prevalência dos direitos humanos, entre outros princípios, como um dos critérios a nortear as relações internacionais do Brasil.

No Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, depara-se no Capítulo I, que discorre sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, no *caput* do artigo 5º a garantia, em primeira plana, da inviolabilidade do direito à vida⁷⁹.

Não há negar esteja o direito à vida intimamente ligado ao direito à saúde, como várias vezes neste trabalho já se acentuou.

No acometimento de moléstia grave, em não se podendo exercer por falta de recursos materiais o direito à saúde, a vida ou a integridade física periclitará, não raro irreversivelmente.

O Capítulo II do Título acima mencionado cuida dos direitos sociais, inserindo-se entre eles a saúde, e se inicia com o artigo 6º, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14-02-2000, como segue:

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 desempregados, na forma desta Constituição.

O direito à saúde reaparece no Título VIII, que cuida “Da Ordem Social”, sendo este o teor do seu Capítulo I, que encerra, à guisa de “Disposição Geral”, um único artigo:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

⁷⁸ Segue-se a íntegra do dispositivo: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁷⁹ O texto completo do *caput* é este: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

Segue-se o Capítulo II (“Da Seguridade Social”), dividido em três Seções, a primeira trazendo as disposições gerais, a segunda trata especificamente da saúde, enquanto que a terceira, da previdência social.

As disposições gerais constam de dois artigos, 194 e 195, tendo o *caput* do primeiro esta redação:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social⁸⁰ (sublinhou-se).

A segunda seção desdobra-se em cinco artigos, importando aqui transcrever o primeiro – 196 -, devido aos princípios que contém e à caracterização que faz do direito à saúde como direito humano:

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

Quanto aos demais artigos da seção – 197 a 200 – apresenta-se apenas uma sinopse, evitando-se o excesso de transcrições.

O artigo 197 prescreve que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública. O Poder Público deve dispor, “nos termos da lei”, sobre a regulamentação, fiscalização e controle dessas ações e serviços, bem como executar tais ações e serviços, diretamente ou por meio de terceiros, ressaltando o dispositivo

⁸⁰ O parágrafo único desse dispositivo está assim redigido: **Parágrafo único.** Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;

V – equidade na forma de participação no custeio;

VI – diversidade da base de financiamento;

VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

constitucional que a execução também pode ser efetuada por pessoa física ou jurídica de direito privado.

As ações e serviços públicos de saúde – estatui o artigo 198 – integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com três diretrizes: (1ª) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (2ª) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (3ª) participação da comunidade. Seguem-se três parágrafos, que dispõem sobre o financiamento do sistema único de saúde.

O artigo 199 determina ser a assistência à saúde livre à iniciativa privada, seguindo-se quatro parágrafos. Nos três primeiros parágrafos definem-se os limites da atuação da iniciativa privada e se proíbe que sejam destinados recursos públicos quando atuarem com fins lucrativos. O último prevê a elaboração de lei para dispor “sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados”, a par do que proíbe a comercialização de tais substâncias.

Por último, o artigo 200 define as competências do sistema único de saúde, sem exclusão de outras atribuições nos termos da lei. Dentre as competências estabelecidas no texto constitucional, sobressaem as seguintes: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos (inciso I); b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador (inciso II); c) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (inciso IV); e, d) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Assim, voltando ao artigo 6º, acima transcrito, importa salientar que os direitos sociais são direitos fundamentais da pessoa humana e se caracterizam como liberdades positivas.

Eles devem, por isso, ser rigorosamente respeitados no Estado Social de Direito, pois têm a finalidade de ensejar a melhoria das condições de vida das

pessoas desprovidas de recursos materiais, concretizando dessa forma o anseio de igualdade social almejado pela Constituição brasileira, como se vê em seu Preâmbulo e em seu artigo 1º incisos II e III⁸¹.

4.4. COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO QUE TANGE AO DIREITO À SAÚDE

Comentando o artigo 196, acima transcrito, José Afonso da Silva começa por lembrar que no Brasil, embora seja um bem sumamente relevante para a vida humana, a saúde só recentemente foi elevada à condição de direito fundamental da pessoa humana, por meio da Constituição Federal de 1988⁸².

José Afonso da Silva prossegue enfatizando que o direito à saúde assenta-se no princípio de que o direito à vida, inerente à pessoa humana e igual para todos, pressupõe o direito ao tratamento da saúde sempre que for necessário, observando-se os avanços da ciência médica e independentemente da situação econômica da pessoa adoecida ou enferma⁸³.

O direito à saúde, portanto, na atual ordem constitucional brasileira, reveste-se da característica de direito fundamental da pessoa humana, diversamente do tratamento que recebia no direito constitucional anterior, que se restringia a atribuir competência à União para legislar sobre a defesa e proteção da saúde apenas num “sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias”⁸⁴.

Sendo o direito à saúde um direito fundamental da pessoa humana cabe ao Estado, segundo José Afonso da Silva, prover as condições indispensáveis ao seu

⁸¹ MORAES, Alexandre de – “Direito Constitucional” – Editora Atlas S.A. – 19ª edição, 2006. Lê-se na página 177: “Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal” (grifo do autor).

⁸² *Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros Editores, 4ª edição, 2007, página 767.

⁸³ Obra citada, *ibidem*. Ele afirma que o direito à saúde “há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem direito a tratamento condigno de acordo com o estado atual da Ciência Médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais”.

⁸⁴ José Afonso da Silva, obra citada, *ibidem*.

pleno exercício. Tem-se aí, por conseguinte, um direito positivo, que legitima a exigência de prestações por parte do Estado, devendo, pois, os entes públicos cumprir as tarefas pertinentes e das quais depende a efetivação de tal direito⁸⁵.

Ao Estado impende, portanto, cumprir tais prestações e tarefas, ciente de que a pessoa humana, destinatária da norma constitucional, tem a respeito, no dizer de José Afonso da Silva, “um especial direito subjetivo de conteúdo duplo”. Assim, se o Estado não se desincumbir de suas responsabilidades, quais são as conseqüências? Ficará sujeito a ação de inconstitucionalidade por omissão e a mandado de injunção⁸⁶.

José Afonso da Silva considera perfeita a norma do artigo 196, uma vez que ela institui uma relação jurídica constitucional em que se depara o seguinte: de um lado estão o direito por ela outorgado – mediante a proclamação: “a saúde é direito de todos” – e os titulares de tal direito – designados pela palavra “todos”, ou seja, há um sentido de universalização, abrangendo todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, aos quais se deve assegurar o acesso igualitário às ações e serviços de saúde. De outro lado está a obrigação correspondente a esse direito. A obrigação decorre da assertiva de que a saúde “é dever do Estado”, de modo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem cumpri-la diretamente ou por meio de entidades da Administração indireta. Cumpre-se esse dever do Estado mediante as prestações de saúde, que se concretizam por políticas sociais e econômicas destinadas à redução dos riscos de doença e de outros agravos, ou seja, por ações e serviços de saúde, que, de resto, não devem se restringir à cura de enfermidades. Daí José Afonso da Silva salientar a importância da norma:

O direito à saúde e o dever do Estado não se limitam à recuperação da saúde, à oferta de Medicina curativa, mas, especialmente, Medicina preventiva, ações e serviços destinados a evitar a doença – o que se vê da cláusula “políticas (...) que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”. A ênfase está precisamente aí, na promoção e proteção de uma

⁸⁵ Obra citada, página 768.

⁸⁶ José Afonso da Silva assim se expressa: “...um especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não-cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à *ação de inconstitucionalidade por omissão* (arts. 102, I, “a”, e 103, § 2º); e, por outro lado, seu não-atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação, pode abrir pressupostos para a impetração do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), apesar de o STF continuar a entender que o mandado de injunção não tem a função de regulação concreta do direito reclamado” (página 768. Grifo do autor).

vida humana saudável, como um direito fundamental, no qual entra, com igual força, a recuperação da saúde⁸⁷.

Mas, teria o artigo 196 conteúdo meramente programático? José Afonso da Silva responde negativamente, asseverando que a norma aperfeiçoou o direito à saúde ao atribuir-lhe a garantia da efetivação, mediante as políticas sociais e econômicas que menciona, tendentes “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”. E observa que, se essas políticas sociais e econômicas não forem desenvolvidas, incorrerá o Poder Público em omissão inconstitucional, mesmo porque os recursos financeiros para efetivá-las provêm da sociedade, desembolsados pelos empregadores, empresas e trabalhadores, além de outras fontes de custeio⁸⁸.

J. J. Gomes Canotilho pensa da mesma forma, ressaltando que os direitos fundamentais sociais instituídos em normas da Constituição dispõem de “vinculatividade normativo-constitucional”⁸⁹.

José Cretella Júnior, comentando o artigo 196 da Constituição Federal, afirma que o direito à saúde é um direito subjetivo público, oponível ao Estado⁹⁰.

Ele também afirma que os meios financeiros para se efetivar o atendimento à saúde e para se cuidar da proteção desta, estão na Lei de Diretrizes

⁸⁷ Obra citada, página 768.

⁸⁸ Ob. cit., *ibidem*.

⁸⁹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª edição. Ele escreve: “...: (i) os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõem de *vinculatividade normativo-constitucional* (não são meros ‘programas’ ou ‘linhas de direcção política’); (ii) as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controlo judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas desses direitos; (iii) as *normas de legislar* acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas *imposições legiferantes*, cujo não cumprimento poderá justificar, como já se referiu, a *inconstitucionalidade por omissão*; (iv) as *tarefas* constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização desses direitos devem traduzir-se na edição de *medidas concretas e determinadas* e não em promessas vagas e abstractas; (v) a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não é deixada à livre *disponibilidade do legislador*, embora este beneficie de uma ampla *liberdade de conformação* quer quanto às soluções normativas concretas quer quanto ao modo organizatório e ritmo de concretização” (p. 482. Os grifos são do autor).

⁹⁰ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Vol. VIII (Arts. 170 a 232), Forense Universitária, 2ª edição, 1993, página 4332.

Orçamentárias⁹¹, mesmo porque, como visto, o direito à saúde está incluído entre os direitos sociais⁹².

Não se compreendem, porém, as considerações que em seguida José Cretella Júnior faz ao diferenciar o sentido das palavras “dever” e “obrigação”, observando que o primeiro vocábulo implica exigência ética, enquanto que a exigência jurídica é abrangida pelo segundo, denotando qualquer prestação que, uma vez não atendida por quem a deva cumprir, possa ser apresentada ao Poder Judiciário para se pleitear o respectivo cumprimento. O autor escreve:

*Dever é exigência moral. “Obrigação” é “exigência jurídica”. A sanção pelo não cumprimento do dever emana do *forum internum*, da consciência do devedor, unilateralmente. A sanção da obrigação jurídica é do *forum externum*, sendo bilateral, obrigando A para com B, desde que haja relação jurídica entre ambos, regulada pelo Direito⁹³.*

Reportando-se ao disposto no artigo 75 do antigo Código Civil – Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 -, José Cretella Júnior aprofunda tal diferenciação. O citado artigo 75 estava assim redigido: “A todo o direito, corresponde uma ação, que o assegura”. No atual Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – não há dispositivo correspondente. Pois bem. O autor sustenta que a proposição daquela antiga regra só era válida quanto às relações jurídicas em que as partes fossem reciprocamente credoras e devedoras de direitos e obrigações, sendo certo que, por outro lado, a regra jurídica constitucional no sentido de que a saúde é direito de todos e dever do Estado – artigo 196 – importa que “todos não têm *direito*”, dado que a relação jurídica entre o “cidadão-credor e o Estado-devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir, em juízo, as prestações

⁹¹ Nesse tópico, assim se expressa José Cretella Júnior: “Como proceder ao atendimento da saúde? Onde se encontram os *meios financeiros* para cuidar da defesa da saúde? Encontram-se na *lei de diretrizes orçamentárias*, de responsabilidade da União, cuja iniciativa cabe aos órgãos responsáveis pelo *setor da saúde*, tendo em vista as metas e *prioridades* estabelecidas na mencionada lei, assegurada a essa relevante área a *gestão dos próprios recursos*, incluídos na proposta de *orçamento da seguridade social*” (ob. cit., p. 4332. Os grifos são do autor).

⁹² José Cretella Júnior esclarece esse ponto desta forma: “Entre que *rol de direitos* está incluído o direito à saúde? Entre os *direitos sociais* (art. 6º), responde o legislador constituinte, alinhando-o, lado a lado, com outros direitos, da mesma natureza: a *educação*, o *trabalho*, o *lazer*, a *segurança*, a *previdência*, a *proteção à maternidade e à infância*, a *assistência aos desempregados*, na forma prescrita pelas regras jurídicas constitucionais” (*idem, ibidem* e p. 4333. Os grifos são do autor).

⁹³ Obra citada, página 4333 (grifo do autor).

prometidas, a educacional e a da saúde, a que o Estado se obrigara, por proposição ineficaz dos constituintes, representantes do povo”⁹⁴.

Ora, o próprio José Cretella Júnior assevera claramente na página 4332 da obra aqui citada, como acima se salientou, que o direito à saúde é um direito subjetivo público e, por isso mesmo, perfeitamente oponível ao Estado. Aliás, ver-se-á mais à frente, no capítulo 8 deste trabalho, que o Supremo Tribunal Federal considera efetivamente o direito à saúde como um direito subjetivo público.

Parece, pois, ser inarredável o equívoco em que José Cretella Júnior incorreu ao argumentar que ao direito à saúde – assegurado, como ele próprio acentua, pela Constituição Federal em vigor entre os direitos sociais – faltam condições de efetiva implementação⁹⁵. Ora, o direito constitucional à saúde, embora rotulado como “direito social”, não pode se desfazer dos seus contornos de um direito tipicamente humano, por estar adstrito ao direito à vida, e, por outro lado, o próprio José Cretella Júnior escreve que, mediante “*políticas sociais e econômicas, visando à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário de ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, o governo atacará, em todas as frentes, preventivamente, e a posteriori, todas as fontes que possam afetar a saúde das populações*”⁹⁶.

Cumpra registrar que, no pormenor criticado, o pensamento de Pinto Ferreira harmoniza-se com o de José Cretella Júnior. De fato, depois de anotar que, fazendo remissão ao artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e um dever do Estado, Pinto Ferreira aduz que o “direito à saúde na realidade é bastante inócuo, pois não cabe a determinada pessoa uma ação para exigir do Estado o cumprimento de tal direito”⁹⁷.

⁹⁴ Obra citada, página 4334 (grifo do autor).

⁹⁵ De fato, procura José Cretella Júnior ressaltar o seguinte: “O Estado *deve*, mas o *debet* tem conteúdo *ético*, apenas, conteúdo que o *bonus administrator* procurará proporcionar a todos, embora a tanto não seja obrigado. A *regra jurídica ordinária federal*, de 1916, é aplicável ao direito privado, valendo para toda relação jurídica *hominis ad hominem*, na qual haja *reciprocidade de direitos e obrigações*, esvaziando-se, entretanto, de *eficácia*, quando se trata de *direitos e deveres*. É, assim, tecnicamente incorreto, dizer que A, cidadão, tem direito contra B, Estado, no campo da educação e da saúde, embora tal proposição seja válida, no âmbito da ética” (Obra citada, página 4334. Grifo do autor).

⁹⁶ Ob. cit., p. 4335 (grifo do autor).

⁹⁷ *Comentários à Constituição Brasileira* - Editora Saraiva, 1995, 7º volume (arts. 193 a 245), página 17.

E ele procura enfatizar:

Assim sendo, o direito à saúde é uma mera ilusão constitucional caso não seja estatuído como um direito público subjetivo acionável contra o Estado ou o Poder Público. Mesmo assim só terá possibilidade prática de realização se houver uma infra-estrutura econômica e material que permita a construção de hospitais, fabricação de medicamentos, a elevação de número de médicos e a sua eficiência no combate à doença⁹⁸.

Nada obstante, reitera-se que a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluíram e hoje, não resta dúvida, o direito humano à saúde reveste-se de todas as características de um direito público subjetivo, cuja eficácia, contra o Estado e em favor da pessoa humana, pode ser exigida por meio de ação judicial, como efetivamente tem ocorrido, mesmo porque, como decorrência da Constituição Federal de 1988, não tem o Estado brasileiro como refugir à condição de um Estado social, antes que unicamente liberal.

Lembre-se ademais que o Brasil é um Estado Constitucional Democrático e, como observa Carlos Roberto de Siqueira Castro, o Estado Constitucional Democrático da atualidade caracteriza-se pela abertura constitucional assentada na dignidade da pessoa humana, o que enseja a constante absorção das aspirações e conquistas sociais, reconhecendo-se cada vez mais direitos - a que se atribui a qualidade de fundamento constitucional -, no sentido de realmente dignificar o ser humano⁹⁹.

Por outro lado, é interessante anotar o que Carlos Roberto de Siqueira Castro ensina, citando o professor português Jorge Miranda, a respeito da distinção entre normas de preceito e normas de princípio. As normas de princípio desempenham

⁹⁸ *Idem, ibidem.*

⁹⁹ Capítulo – cujo título é “O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas” – que, estendendo-se da página 103 até a 114, integra o livro *1988 – 1998 Uma década de Constituição*, organizado por Margarida Maria Lacombe Camargo, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1999. Carlos Roberto de Siqueira Castro se expressa desta maneira: “Numa expressão mais simples, pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano. É, assim, uma instituição de ilimitada absorção das aspirações e conquistas sociais, que faculta os canis pacificadores da mediação jurídica à generalidade dos focos de tensão e dos multiformes projetos de dignificação humana. A rigor, o postulado da dignidade humana constituiu-se no direito prolífero por excelência, tendo gerados nas últimas décadas várias *famílias* de novos direitos que angariaram o *status* de *fundamentalidade* constitucional” (páginas 106 a 108. Grifo do autor).

importante função ordenadora na tarefa de interpretar e aplicar a Constituição. Os princípios não estão além ou acima do Direito positivo, eles não se contrapõem às normas, podendo, no entanto, contrapor-se aos preceitos, pois exercem uma ação imediata ao conformar as relações político-constitucionais, e uma ação mediata no plano integrativo e construtivo, de um lado, e prospectivo, de outro. Saliente-se que os princípios, assim como os preceitos, mas até com maior intensidade, podem ser concretizados, podem ensejar realizações variáveis¹⁰⁰.

Ressalte-se que a Constituição brasileira de 1988 é social e, assim, não se restringe a reconhecer os direitos que preservam a dignidade da pessoa humana, mas também proporciona os meios de, mediante a provocação do Poder Judiciário, torná-los efetivos. Sem dúvida, como escreve Lenio Luiz Streck:

É por mais evidente que a Constituição de 1988 é uma Constituição classificável como social. Inclui-se no moderno Constitucionalismo, alinhando-se com as Constituições europeias do pós-guerra¹⁰¹.

José Ribas Vieira assevera que o modelo adotado, quanto aos direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988, é incompleto, mas ainda assim enseja uma postura positiva, por se tratar de um sistema de direitos individuais e

¹⁰⁰ É proveitoso transcrever também essa parte do texto, em que, aliás, se reproduz o pensamento de Jorge Miranda, extraído da obra *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora Limitada, 3ª edição, 1991, tomo II, páginas 224 e 226. Seguem-se, pois, as palavras de Carlos Roberto de Siqueira Castro e, por intermédio dele, as de Jorge Miranda: “A distinção entre *normas de preceito* e *normas de princípio*, sobretudo a integração sistêmica entre ambas, assume particular relevo nas Cartas Políticas que exibem a abertura temática peculiar à pós-modernidade e que costumam reunir um grande número de preceitos entremeados por um vasto elenco de princípios. Nesse contexto, como leciona JORGE MIRANDA, a função ordenadora das normas de princípio cumpre um papel de superlativa importância para interpretação e aplicação da Constituição: ‘Os princípios não se colocam além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em “normas-princípios” e “normas-disposições”... Eles (os princípios) exercem uma ação imediata enquanto directamente aplicáveis ou directamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais. E exercem também uma ação mediata tanto num plano integrativo e construtivo com num plano essencialmente prospectivo. Por certo, os princípios, muito mais que os preceitos, admitem ou postulam concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento’ “ (Obra citada, páginas 113 e 114. Grifo do autor).

¹⁰¹ Nessa mesma obra, *1988 – 1998 Uma década de Constituição*, elaborada sob a organização de Margarida Maria Lacombe Camargo editada pela Livraria e Editora Renovar Ltda. em 1999, depara-se o capítulo intitulado “As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental”, da lavra do citado autor, Lenio Luiz Streck. O trecho transcrito está na página 313.

coletivos dotado de grande plasticidade histórica e social e por vincular sua efetivação a procedimentos judiciais específicos, previstos na própria Constituição: o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, o que o deixa aberto a uma dinâmica de modernização reflexiva¹⁰².

Essas considerações são bem enfatizadas por José Ribas Vieira na conclusão que escreveu para o capítulo de sua lavra:

O trabalho demonstrou que, comparativamente, o modelo de Direitos fundamentais consagrado pela Constituição Federal de 1988, apesar de sua amplitude normativa, traduz uma certa originalidade ao vincular sua efetividade a determinados remédios constitucionais. Tal quadro possibilita uma perspectiva otimista se, porventura, futuramente, vier a ser concretizada uma adequada jurisdição constitucional entre nós. Assim, a sociedade brasileira estaria apta a viabilizar, por exemplo, a modernização reflexiva estudada nesse texto por nós¹⁰³.

Parece, pois, inquestionável que não se cuida, no que concerne ao direito constitucional à saúde, de normas programáticas, e que tampouco haveria diferença entre a natureza dos direitos humanos e a dos direitos sociais, principalmente em termos de eficácia.

¹⁰² No referido livro *1988 – 1998 Uma década de Constituição*, preparado sob a organização de Margarida Maria Lacombe Camargo, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1999. O capítulo escrito por José Ribas Vieira intitula-se “A Constituição Federal de 1988 e um modelo de Direitos Fundamentais incompleto”, páginas. 93 a 102. Eis suas palavras: “Apesar da incompletude do nosso modelo no campo dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, devemos ter uma postura bastante positiva. Pois o nosso sistema de direitos individuais e coletivos tem uma enorme plasticidade histórico-social ao estar vinculado à sua efetivação por mandado de injunção e por ação de inconstitucionalidade de omissão dando a possibilidade de futuro de através de decisões judiciais estar aberto a uma dinâmica de uma modernização reflexiva como a prevista por Beck” (páginas 101 e 102).

¹⁰³ Conclusão do capítulo a que se alude na nota 102 acima (página. 102).

5 O ESTADO SOCIAL

A finalidade deste capítulo é coligir algumas considerações sobre a seguinte questão: a Constituição Federal de 1988 procurou moldar o Brasil como um Estado social?

Para Paulo Bonavides a Constituição em vigor “é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social”¹⁰⁴, ou seja, suas características diferem fundamentalmente das que assinalam a Constituição do Estado liberal, uma vez que ela institui valores que se opõem “ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder”¹⁰⁵.

Nada obstante, subsiste uma dificuldade: garantir os direitos sociais básicos, tornando-os efetivos¹⁰⁶, sendo certo que nesse sentido, consoante Paulo Bonavides, a Constituição em vigor ensejou avanços consideráveis ao instituir o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão, aperfeiçoamentos que permitem, como por ele asseverado, caracterizar o Brasil como um Estado social de terceira geração, isto é, um Estado que não se restringe a outorgar direitos sociais básicos, pois, indo além disso, empenha-se em garantir o exercício de tais direitos.

Assim, para se compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro, tal como traçado na Constituição Federal em vigor, é preciso atentar para a teoria dos direitos sociais fundamentais, para o princípio da igualdade, para os institutos processuais destinados a garantir tais direitos e para as atribuições conferidas ao Supremo Tribunal Federal na qualidade de guardião do texto constitucional, no sentido de dar a palavra final no que tange à interpretação de seus ditames e impor o efetivo e eficaz cumprimento de suas normas, em função dos fins sociais por elas colimados¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Obra citada, página 371.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁶ Paulo Bonavides formula desta forma o problema: “Mas o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos” (obra citada, página 373).

¹⁰⁷ Assim escreve Paulo Bonavides:

Os direitos sociais básicos, no dizer de Paulo Bonavides, formam “a espinha dorsal do Estado social brasileiro”, de modo que ele passa a se preocupar com outro questionamento, no sentido de perquirir a natureza de tais direitos, se eles têm caráter absoluto ou relativo.

Na elucidação desse tema reporta-se o citado autor a duas posições contrapostas, uma por afirmar que os direitos da liberdade prevalecem sobre os direitos sociais básicos, de sorte que estes devem ser objeto da legislação ordinária ou “de um direito trabalhista constitucionalizado”, e a outra, por sua vez, insistindo em que, contrariamente, a prevalência cabe aos direitos sociais e por isso, em função do primado da igualdade, a eles se confere a “dignidade constitucional de princípio, a qual nos ordenamentos democráticos do Estado social compõe a medula axiológica da Constituição”¹⁰⁸.

Apresentada assim tal dicotomia, cabe agora discorrer sobre a teoria dos direitos fundamentais no Estado social, acompanhando o pensamento de Paulo Bonavides e de outros doutrinadores.

Pode-se afirmar, juntamente com Eros Roberto Grau, que no tocante à sociedade brasileira o papel do Estado foi objeto de redefinição por parte da Constituição Federal de 1988. Escreve Roberto Grau:

A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo,

“Com efeito, não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal.

Tocante aos direitos sociais básicos, a Constituição define princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa; estabelece objetivos fundamentais para a república como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e, de último, em capítulo próprio, enuncia os direitos sociais, abrangendo genericamente a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados” (obra citada, páginas 373 e 374).

¹⁰⁸ Obra citada, página 374. Paulo Bonavides conclui o seu pensamento, nesse tópico, desta forma: “Demais, prendendo-se ainda a esse último aspecto, se considerarmos os direitos sociais básicos direitos absolutos, como foram reputados os direitos da liberdade durante o predomínio do velho Estado de Direito, têm eles aplicabilidade imediata; remetidos todavia àquela primeira posição teórica, que os inferioriza perante os chamados direitos da liberdade – nessa hipótese, ainda quando em grau constitucional -, ficariam via de regra sujeitos às reservas da lei” (página 375).

cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador é óbvia¹⁰⁹.

Infere-se que a economia brasileira adotou, por força da Constituição Federal de 1988, o modelo de economia de bem-estar, razão pela qual, como enfatiza Roberto Grau, sua substituição por um modelo de economia neoliberal não poderá ocorrer sem antes alterar-se o disposto nos artigos 1º, 3º e 170 do texto constitucional¹¹⁰.

Sendo o modelo da economia brasileira o do bem-estar, evidencia-se estar presente o primado da igualdade a que, como visto, referiu-se Paulo Bonavides.

O preceito da igualdade, como pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, estando inscrito, na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, *caput*, não se limita a estatuir que todos são iguais perante a lei, mas, indo além desse nivelamento de todas as pessoas diante da norma legal posta, implica também “que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”¹¹¹.

A isonomia pressupõe, para ser caracterizada como o princípio básico em que a Constituição Federal a consagrou, quatro elementos, que importa ter em vista quando, entre outras perspectivas constitucionais, se cogita do direito à saúde.

É o próprio Bandeira de Mello quem explicita tais elementos:

a) em havendo desequiparação, ela não pode atingir, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

¹⁰⁹ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Malheiros Editores, 12ª edição, 2007, página 47. Eis como Eros Roberto Grau dá continuidade, no particular, ao seu pensamento:

“Assim, os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa. Sob nenhum pretexto, enquanto não alteradas aquelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo poderão vir a ser elas afrontadas por qualquer programa de governo. E assim há de ser, ainda que o discurso que agrada à unanimidade nacional seja dedicado à crítica da Constituição” (*ibidem*).

¹¹⁰ Obra citada, página 48.

¹¹¹ *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Malheiros Editores, 3ª edição, 2007, página 9. Desdobra-se assim o raciocínio de Bandeira de Mello: “O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei que para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas” (*ibidem*).

b) as situações ou pessoas desequiparadas por uma determinada regra de direito devem ser efetivamente distintas entre si, ou seja, devem ter características ou traços diferenciados;

c) deve existir, em abstrato, correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a disparidade, estabelecida pela norma jurídica em função desses fatores, de regime jurídico;

d) assim, como corolário desse último pressuposto, o vínculo de correlação, em concreto, deve ser pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isso querendo dizer que deve resultar em diferenciação de tratamento jurídico fundamentada em razão adstrita, à luz da Constituição, ao bem público¹¹².

A isonomia, salienta Bandeira de Mello, é o maior dos princípios aptos a garantir a efetivação dos direitos individuais. Como a Constituição Federal impõe o princípio da isonomia, tem-se, antes de editar-se a lei ordinária, a presunção genérica e absoluta da igualdade. Uma vez editada a lei ordinária podem surgir distinções, por ela própria reconhecidas em razão da diversidade das situações, distinções que, contudo, devem se compatibilizar com o princípio da isonomia, ou seja, “é preciso que se trate de desequiparação querida, desejada pela lei, ou ao menos, pela conjugação harmônica das leis”. Eis a conclusão do autor:

Daí, o haver-se afirmado que discriminações que decorram de circunstâncias fortuitas, incidentais, conquanto correlacionadas com o tempo ou a época da norma legal, não autorizam a se pretender que a lei almejou desigualar situações e categorias de indivíduos. E se este intento não foi professado inequivocamente pela lei, embora de modo implícito, é intolerável, injurídica e inconstitucional qualquer desequiparação que se pretenda fazer¹¹³.

O princípio da igualdade, erigido pela própria Constituição Federal como sendo o seu principal fundamento, justificaria o caráter dirigente – ou programático – do

¹¹² Obra citada, página 41. “À guisa de conclusão deste tópico – ressalta Bandeira de Mello -, fica sublinhado que não basta e exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se argüir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário” (p. 43).

¹¹³ Obra citada, páginas 45 e 46.

texto constitucional, voltado para a efetivação dos direitos humanos como único meio de valorização da pessoa humana.

Mas, como Gilberto Bercovici procura demonstrar com ampla fundamentação, a Constituição Federal não pode ser avaliada com base em categorias exclusivamente jurídicas. Ele escreve:

A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais. Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e fruto da política¹¹⁴.

De fato, é por força da política que se tem verificado a passagem – evolutiva – do Estado liberal ao Estado social. Carlos Roberto de Siqueira Castro observa, no particular, o seguinte:

Essa transformação estrutural do direito civil em *direito civil constitucionalizado* de certo modo acompanhou a carreira das competências estatais que se foram ampliando na trajetória evolutiva do Estado liberal ao Estado social. Tal fenômeno provocou de certo a abertura material da Constituição em direção à sociedade, e já não mais apenas circunscrita à organização do Estado nacional, a ponto de forjar o denominado “*constitucionalismo comunitário ou societário*”¹¹⁵.

As pessoas, portanto, em função da cidadania que lhes é ínsita – com os deveres e direitos correlatos – no Estado Democrático de Direito podem fazer valer os direitos sociais – entre eles o direito à saúde – que a Constituição já reconhece, servindo-se para tanto de sua própria iniciativa no âmbito do Poder Judiciário, postulando a efetivação de tais direitos, com o que, assim provocada, essa dimensão do Estado – a função judiciária, de aplicar o direito e controlar a constitucionalidade das decisões executivas e legislativas – terá de assumir uma posição: ou se queda inerte, vendo na proclamação constitucional de direitos sociais apenas um programa a ser cumprido em data incerta, ou, de maneira consentânea

¹¹⁴ *Constituição e Política: uma relação difícil*, in Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 61, 2004.

¹¹⁵ No citado capítulo “O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas”, inserido no livro *1988 – 1998 Uma década de Constituição*, organizado por Margarida Maria Lacombe Camargo, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1999, pp. 113 e 114 (grifo do autor).

com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, impõe a concretização desses direitos constitucionalmente positivados¹¹⁶.

Sob o título “État social et droits sociaux fondamentaux”, Carlos Miguel Herrera redigiu elucidativo texto sobre o tema do Estado social¹¹⁷. O autor começa por afirmar que o conjunto dos direitos relacionados com a saúde, habitação, trabalho e educação, entre outras necessidades básicas da pessoa humana, é que caracteriza o Estado social¹¹⁸, que, por sua vez, cria condições para as pessoas, na busca da efetivação de tais direitos sociais, provocar a atuação do Poder Judiciário¹¹⁹.

De fato, os direitos humanos se definem numa relação dialética com o Estado e, na particularidade dos direitos sociais, são inseparáveis do Estado, na medida em que ele desempenha o papel de garantidor de tais direitos, na esteira da teoria de Georg Jellinek a propósito dos direitos públicos subjetivos¹²⁰.

¹¹⁶ Lenio Luiz Streck, em “As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental”, um dos capítulos do mencionado livro *1988 – 1998 Uma década de Constituição*, organizado por Margarida Maria Lacombe Camargo e editado em 1999 pela Livraria e Editora Renovar Ltda. O citado capítulo está nas páginas 313 a 330. Ele escreve, no tocante ao assunto em testilha: “Dito de outro modo, o Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Claro que tal assertiva pode e deve ser relativizada, mormente porque não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. Entretanto, e isto é relevante para os propósitos deste texto, **é pela via judiciária que é possível a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição**, e, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, **pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais**” (páginas 323 e 324. Negritos do autor).

¹¹⁷ O texto destinou-se ao *Colloque International sobre État et Regulation Sociale – Comment penser la coherence de l'intervention publique?*, realizado entre os dias 11 e 13 de setembro de 2006 no *Institut National d'Histoire de l'Art*, em Paris.

¹¹⁸ “Dans une perspective proche, une synthèse très récente considère que ‘ l’ensemble de ces droits (aux prestations ou allocations en matière de santé, logement, éducation, travail, etc.) dessine l figure emblématique de l’État social ou du ‘Welfare State’ moderne ’ ” (página 1).

¹¹⁹ “Par comparaison, l’expression ‘ droits sociaux ’ reste toujours controversée en droit, ou plus exactement, dans les analyses de la doctrine juridique, éveillant des soupçons, sinon des contestations, sur sa véritable portée technique. Encore plus quand on ajoute le qualificatif ‘ fondamentaux ’, qui placerait ces droits sociaux dans la sphère, très chargée politique et symboliquement, des ‘ droits subjectifs ’, c’est-à-dire des droits donnants aux titulaires (individuels, avant tout), la possibilité de les revendiquer devant une instance judiciaire, en cas de violation” (página 1).

¹²⁰ “Certainement, lorsque des tenants du néolibéralisme comme Friedrich Hayek soutiennent que le rapport à l’État caractérise plus les droits ‘ sociaux que les autres droits fondamentaux ’, il n’est pas difficile d’y déceler une composante idéologique: tout droit de l’homme se définit dans un rapport dialectique à l’État, et des droits dits ‘ négatifs ’ ou de liberté peuvent entraîner des dépenses budgétaires très importantes (Herrera 2006). Mais, en tout cas, on a tendance à penser que la définition des droits sociaux est inséparable du rôle de l’État comme acteur et garant de ceux-ci, en faisant remonter cette conception à la vieille théorie de Georg Jellinek sur le statut positif des droits

A questão dos direitos sociais não exaure a questão do próprio Estado social, mesmo porque várias modalidades de intervenção do Estado na sociedade e na economia abarcaram questionamentos e conceitos jurídicos afastados da idéia de tais direitos. Mas, por outro lado, desde a segunda metade do século XIX a questão do reconhecimento dos direitos sociais foi sempre suscitada em cada etapa do desenvolvimento do Estado social¹²¹.

O primeiro modelo de Estado social que se instituiu – na Alemanha, sob o governo de Otto Von Bismarck - não abrangeu o propósito de criar um sistema de prestações sociais sob a forma de direitos constitucionais, seja em função de dificuldades políticas, seja em função da regulação subjacente de tais direitos¹²².

A partir do final do século XIX a intervenção do Estado se amplia em diversos domínios sociais e econômicos, chegando-se ao “constitucionalismo social” e a um tipo de Estado que se designou como “cultural”¹²³.

O constitucionalismo social denota a expansão dos fins sociais e econômicos do Estado em termos de direitos, mas o autor observa algumas linhas antes que só

publics subjectifs, que l'on retrouve par la suite dans toute la littérature européenne des droits de l'homme” (página 1).

¹²¹ “Il est certain que la problématique de droits sociaux n'épuise pas la question de l'État social, même pas en droit public. En effet, toute une série de modalités liées à l'intervention de l'État dans la société et l'économie passe par des problématiques et des concepts juridiques éloignés de l'idée de ‘droits’ (Herrera 2005). (...) Dans les pages qui suivent nous voudrions étudier comment, depuis la seconde moitié du XIXe siècle, le problème de la reconnaissance des droits sociaux s'est posé à chaque étape de la construction de l'État social” (página 2).

¹²² Devant ces enjeux, on comprendra que le premier modèle de réalisation de l'État social exclue le dessein d'un système des prestations sociales sous la forme d'un droit constitutionnel. Dans l'Allemagne bismarckienne, où le dispositif se construit à travers une série de lois âprement débattues – sur l'assurance maladie, en 1883, sur l'assurance accident l'année d'après, et finalement sur l'assurance invalidité vieillesse en 1889 -, l'idée de ‘droits’ présentait encore plus de difficultés politiques à émerger, compte tenu du fait que les ouvriers que le système cherchait à intégrer à l'État par la *Sozialpolitik* étaient déjà l'objet d'autres attentions, sur le plan idéologique et sur le plan organisationnel, d'un parti politique socialiste, la *SPD*” (página 4).

¹²³ “Depuis la fin du XIVe siècle, l'interventionnisme étatique se multipliait dans des différents domaines sociaux et économiques. Mais ses modalités semblent se généraliser encore avec l'extension du suffrage masculin. L'émergence, vers la fin des années 1910, des constitutions comportant des clauses programmatiques en matière sociale, semblait vouloir donner à ces actions, un cadre stable, et même une finalité.

Une discussion spécifique sur l'expansion des fins sociaux et économiques de l'État en termes de ‘droits’ se déroule en ce moment – un mouvement qu'on appellera dans certaines traditions juridiques, le ‘constitutionnalisme social’. Si l'idée d'un nouveau type d'État (‘État culturel’) était très présente dans les élites européennes, surtout allemandes, depuis la fin du XIXe siècle, c'est dans l'aggravation de la crise de l'État libéral que cette constitutionnalisation se réalisera. D'un état d'exception, sous la forme de guerres (mondiale, civile) émergera le dessein institutionnel. En effet, les premières constitutions européennes apparaîtront après que la Constitution russe de 1918 aura dilatée la forme constitutionnelle par une ‘Déclaration des droits du peuple travailleur et exploité’, incorporant un programme politique au droit constitutionnel dans une logique de lutte de classes” (página 6).

haverá uma estrita coincidência entre o Estado social e o reconhecimento dos direitos sociais entre as duas guerras mundiais, ensejo em que se começa a cogitar num Estado de direito de tipo especial e que fundamenta sua ação em benefício da pessoa humana nos direitos sociais reconhecidos pela Constituição. E esse novo tipo de Estado – o Estado cultural -, que se caracteriza pela constitucionalização dos direitos em referência, decorre do agravamento da crise do Estado liberal.

Mediante o dispositivo jurídico e político do constitucionalismo social chega-se a um novo princípio da igualdade, com o propósito de se ir além da idéia da igualdade de todos perante a lei – igualdade formal -, ou seja, reconhecem-se os direitos sociais, pensando-se nos trabalhadores, nas mulheres e nas famílias, e por outro lado se legitimam as formas de intervenção do Estado, com base na função social da propriedade, na reforma agrária e na socialização dos meios de produção¹²⁴.

A Constituição alemã de 1919 deu origem, na doutrina jurídica, aos conceitos de “constituição econômica” e “constituição social”, uma vez que ela faz remissão à dignidade da pessoa humana. Ela procurou regulamentar a vida econômica em conformidade com os princípios da justiça, os quais, nos termos do seu artigo 151, têm por finalidade garantir uma existência digna a todos. A constitucionalização dos direitos sociais foi por ela efetuada em três níveis. No primeiro nível são reconhecidos vários direitos de conteúdo social, como o direito ao trabalho e à segurança no trabalho, direito à moradia, direito à saúde e direito de associação. No segundo, reconhecem-se as formas de intervenção ou controle da ordem econômica capitalista, prevendo-se até a socialização das empresas privadas. E no terceiro, a Constituição de Weimar previu um mecanismo de colaboração entre empregados e

¹²⁴ Lê-se no original: “Le dispositif juridico-politique du constitutionnalisme social est complexe: c’est à travers une triade normative que s’articule sa structure formelle (Herrera 2003, 2004). Au sommet, nous trouvons une garantie spéciale d’égalité, en termes d’égalisation. Ce nouveau principe d’égalité, qui pretend rompre avec l’idée d’égalité devant la loi, encadre, d’un côté, la reconnaissance des droits sociaux, spécifiques avant tout au ‘ quatrième état ’ (les travailleurs) ou à des groupes plus ou moins déterminés (famille, femmes). De l’autre, il legitime des formes étatiques d’intervention sur (et donc de limitation de) la propriété privée, au nom de ‘ sa fonction sociale ’, et qui peuvent aller jusqu’à la réforme agraire ou la socialisation des moyens de production” (página 6).

empregadores com vista à regulamentação dos salários, das condições de trabalho e ao desenvolvimento econômico geral das forças produtivas¹²⁵.

Nessa época, porém, o reconhecimento dos direitos sociais não era o que mais importava para os defensores de um Estado social¹²⁶, de modo que a questão dos direitos sociais voltou a ensejar discussão doutrinal no fim da década de 1920 a 1930, sendo então debatida dentro de um conjunto de várias outras questões¹²⁷. Nessa época, aliás, os direitos sociais chegaram a ser analisados em termos de direitos coletivos¹²⁸.

¹²⁵ Por meio de conselhos, tanto dos empregados como patronais, visando à apresentação de propostas legislativas e de controle em matéria de política social e econômica. O enunciado original é o seguinte: “Sans abandoner ces dimensions, la Constitution allemande de 1919 cherche à affiner un modèle étatique d'intervention sociale, notamment par la constitutionnalisation des nouveaux acteurs sociaux, placés ‘à cote’ de l'État, les conseils ouvriers et économiques. D'ailleurs, l'originalité de ce texte sera sanctionnée, en doctrine juridique, par l'apparition d'un concept de ‘constitution économique’, et même de ‘constitution sociale’. En effet, elle établissait une série des institutions et des mécanismes socio-constitutionnels à l'intérieur d'un chapitre consacré à ‘la réglementation de la vie économique’. Et elle le fait en conformité ‘aux principes de la justice’ que, dans les termes de l'art. 151, ont pour but ‘de garantir une existence digne pour tous’. À l'intérieur de cette partie, on pouvait distinguer trois niveaux spécifiques de constitutionnalisation du social. D'abord, la reconnaissance d'une série de droits à contenu social, comme le droit au travail et à sa protection, le droit au logement, les assurances sociales pour la protection de la santé, le droit de coalition. Un deuxième niveau était constitué par la reconnaissance constitutionnelle de formes d'intervention ou contrôle de l'ordre économique capitaliste, et qui allait jusqu'à l'établissement d'une clause de socialisation des entreprises privées. Finalement, la Constitution de Weimar prévoyait un mécanisme de collaboration entre ouvriers et entrepreneurs pour la réglementation des salaires et des conditions de travail ainsi que le développement économique général des forces productives, sous la forme de conseils ouvriers et économiques ayants des fonctions de proposition législative et de contrôle en matière de politique sociale et économique (Herrera 2001b)” (páginas 6 e 7).

¹²⁶ No plano jurídico, eles se preocupavam mais, segundo o autor, em estender aos sindicatos o domínio da liberdade jurídica, visando ao desenvolvimento de fortes organizações de assalariados: “Des trois niveaux, c'est sur celui correspondant à la reconnaissance des droits sociaux qui retenait le moins l'intérêt des défenseurs, avant tout socialistes, d'un État social. Déjà la constitution weimarienne n'avait pas adopté de déclaration solennelle proclamant de nouveaux droits. Cet aspect symbolique semblait moins déterminant sur le plan juridique que l'extension du domaine de la liberté juridique aux syndicats, et notamment la liberté syndicale, considérée comme plus importante même que la reconnaissance d'un droit de grève. L'extension du régime des libertés publiques au domaine social apparaissait comme la garantie pour le développement de puissantes organisations ouvrières, qui, dans une logique de rapport de forces au sein de l'État démocratique, pouvaient servir des leviers pour la transformation sociale dans le cadre des institutions parlementaires” (página 7).

¹²⁷ A primeira delas, diz o autor, era a da democracia: “La première est, tout simplement, celle de la démocratie: les droits sociaux seront vus comme une extension naturelle des droits des individus qui, de ‘négatifs’, c'est-à-dire imposant à l'État une abstention, devenaient ‘positifs’, c'est-à-dire, obligeant l'État à une action. Mais, en termes juridiques, la question n'était pas vraiment équivalente, puisque le type d'obligation n'était pas le même dans un cas et dans l'autre. Quelle pouvait être la force contraignante sur l'État en ce qui concerne les actions positives?” (página 7).

¹²⁸ Abrangendo, entre outras categorias, empregados e empregadores, as famílias e as mulheres. Carlos Miguel Herrera escreve: “C'est de cette époque, d'ailleurs, qui date l'analyse des droits sociaux en termes des droits collectifs (des travailleurs et des entrepreneurs, mais également des familles, des femmes, etc.), et qui domine encore une partie de la réflexion juridique en la matière” (página 7).

Procurando dar unidade a esse modelo constitucional, os juristas de esquerda falaram então de “Estado de direito social”, com o que a política social transformou-se numa plataforma contra o capitalismo - sendo, ao mesmo tempo, um sintoma da crise do capitalismo liberal, afinal eclodida em 1929, com o *crash* da Bolsa de Valores de Nova Iorque - e passou a figurar como precursora de uma nova sociedade¹²⁹.

O sistema da Constituição de Weimar pressupunha, para produzir os efeitos que dele se esperavam, uma colaboração entre as classes sociais, uma “*communauté du travail*”, como Herrera escreve. Tal colaboração, todavia, mostrou-se utópica já antes da crise que afetaria a República alemã. Assim, com base nessa idéia de colaboração entre as classes, mas dela se desconsiderando a ambigüidade evolutiva, surgiram novas modalidades de intervenção social do Estado, com alguma coisa que lembrava o modelo autoritário das elites burguesas do século XIX, e que, no entanto, radicalizaram-se rapidamente para originar aquela visão integral de um Estado total a que se referia Carl Schmitt¹³⁰.

Na Itália, com a *Carta del Lavoro*, de 1927, obteve o corporativismo sua primeira expressão jurídica de conjunto, perdendo a visão social seu alcance dinâmico e gerador de conflitos, uma vez que fora reduzida a autonomia dos indivíduos e grupos sociais, possibilitando-se a intervenção do Estado na economia mais para efeito de harmonização das forças produtivas que para estabelecer uma política de igualdade material¹³¹.

A partir de 1930 diversas Constituições, inspiradas nas idéias corporativistas, aparecem na Europa, destacando-se a de Portugal e a da Áustria. A primeira, de 1933, inclui entre as funções do Estado as de coordenar, impulsionar e dirigir todas as atividades sociais, em busca da prevalência de uma harmonia entre os vários

¹²⁹ O autor, reportando-se a Eduard Heimann – que naquela época era considerado o maior especialista alemão em política social e era militante ativo da social-democracia – observa o seguinte: “Dans la mesure où une politique sociale active était un corps étranger au marché, elle conduirait à des changements radicaux, dans un sens socialiste (Heimann 1919)” (página 7).

¹³⁰ “Un État – escreve Herrera – qui structure la société, qui s’empare des fonctions sociales. La rupture avec l’idée de droits (subjectifs) est encore plus radicale, dans la mesure où ces modèles d’État entendent rompre aussi avec l’héritage libéral de la Révolution française” (páginas 7 e 8).

¹³¹ Carlos Miguel Herrera, mencionando a *Carta del Lavoro*, expõe estas considerações: “Son art. 2 donne le ton: le travail est un devoir social et, à ce titre, placé sous tutelle de l’État. Un État qui peut intervenir dans l’économie, mais quand y manque l’initiative privée ou l’intérêt politique le réclame, et toujours dans un sens d’harmonisation des force productives plutôt que d’égalisation” (página 8).

interesses, bem como a função de melhorar as condições de vida das classes sociais desfavorecidas, tudo isso num regime de cooperação econômica e solidariedade, apto a reconhecer a função social da propriedade, do trabalho e do capital, mas não direitos individuais a prestações por parte do Estado¹³².

É interessante observar que, para Herrera, a experiência do corporativismo social do Estado foi mais relevante na América Latina que na Europa, isso porque ali houve diversas reivindicações de direitos sociais. Nada obstante, a experiência europeia acabou por determinar os aspectos básicos das novas formas de Estado social que surgiram no continente europeu após a Segunda Guerra Mundial¹³³.

No início da década de 1940 ocorreram duas evoluções paralelas, uma no plano jurídico, resultante da derrocada dos regimes totalitários, a outra representada por uma nova modalidade de Estado social, o *Welfare State*, ambas convergindo numa nova configuração do Estado social, agora em termos constitucionais e no quadro de uma ampliação dos sistemas democráticos na Europa¹³⁴.

A nova compreensão do Estado social – Estado social que, desde o fim da década de 1940, começara a existir em países da Europa ocidental – poderia resumir-se nesta fórmula: universalizar o particular. Coube à Inglaterra o pioneirismo no modelo de Estado social que prioriza as políticas sociais, como instrumento para estabilizar um sistema de pleno emprego, variante que havia sido fundamental na experiência do presidente Franklin Delano Roosevelt, mais para enfrentar a grande

¹³² Herrera anota, concluindo esse tópico: “En réalité, du moins dans des pays comme l’Allemagne (où le système des assurances sociales était consolidé) ou l’Autriche, les historiens considèrent que ces États ‘sociaux’ comporteront, dans les faits, une destruction des structures existantes (Ritter 1989)” (página 8).

¹³³ Diz ele: “Si l’expérience *sozialstaatlich* du corporativisme présenterait moins d’importante en Europe qu’en Amérique Latine, où elle arrivera à véhiculer une série de revendications en termes de droits sociaux, elle déterminera, par le négatifs, quelques aspects centraux des nouvelles formes de l’État social qui vont naître à la fin de la Seconde guerre mondiale dans le continent européen” (página 8).

¹³⁴ O que caracterizou essas duas “evoluções paralelas”? De acordo com Herrera, deu-se o seguinte: “Sur le plan juridique, la chute des régimes totalitaires mettait à l’ordre du jour une refonte constitutionnelle qui allait se saisir de la question sociale en des termes nouveaux. En même temps, une nouvelle modalité de l’État social, le *Welfare State*, se mettait en place depuis les années 1930, dans le cadre de cette grande transformation du système économique de marché qui analysait Polanyi” (página 8).

depressão que afetou os EUA nos anos 30 que para modificar as relações capitalistas¹³⁵.

A originalidade dessa nova compreensão do Estado social baseava-se na universalização da idéia de necessidades sociais, desvinculando-a da relação tão-só com as camadas desfavorecidas da população, para antes estendê-las a todas as esferas da sociedade, permitindo-lhes se beneficiar, na qualidade de cidadãos e cidadãos, das prestações sociais do Estado. Herrera, aliás, registra a respeito o seguinte:

C'est pourquoi, du point de vue institutionnel, Beveridge promue l'établissement d'un système de protection sociale généralisée, ainsi qu'un service de santé gratuit et ouvert à tous. Et c'est l'impôt, plutôt que les cotisations professionnelles, qui servirait à financer le système, géré par l'État. Le rapport ne restera lettre morte, et, avec la victoire du *Labour Party* en 1945 et la formation du gouvernement Attlee, la mise en place des institutions spécifiques d'assurance sociale verra le jour dès l'année suivante, avec l'adoption de la *National Insurance Act*, puis du *National Health Service*, en 1948¹³⁶.

Mesmo outros sistemas de proteção social – como o francês - que conservavam traços dos antigos modelos corporativos, também revelavam uma tendência à universalização, mediante a instituição de um sistema global de distribuição das prestações sociais, com o que se enfraquecia a relação profissional entre quotização e prestação. Tal universalização ensejava se entendessem as políticas sociais como pretensões legais das pessoas e assim, nos países europeus em que esse novo modelo de Estado social foi mais impulsionado, o dispositivo social se completava com o reconhecimento do papel dos sindicatos na determinação de medidas dessa natureza, principalmente quanto ao aspecto de instituições paritárias¹³⁷.

¹³⁵ “C'est en Angleterre – anota Herrera - que le concept qui va condenser ce nouvel avatar de l'État social, le *Welfare State*, est né. En tout cas, l'expression théorique-politique la plus importante de ce programme se retrouve dans les célèbres rapports de William Beveridge de 1942 et 1944” (página 8).

¹³⁶ No artigo ora em estudo, páginas 8 e 9.

¹³⁷ Ou seja, nas palavras de Herrera: “L'universalisation favorisait la traduction des politiques sociales en termes de prétentions légales des individus. Dans les pays européens où ce nouveau modèle d'État social sera le plus poussé, le dispositif social se complétait d'ailleurs par la reconnaissance du

A configuração desse novo modelo de Estado social obteve na Inglaterra sua primeira teorização em termos de “direitos”, elaborada por um sociólogo, Thomas Marshall, que desenvolveu a noção de “cidadania social” para apreender tais transformações do Estado e como desdobramento de duas outras noções de cidadania, a civil, que remonta ao século XVIII, e a política, própria do século XIX, possibilitando às pessoas, mediante a organização dos serviços sociais, condições mínimas de saúde, educação, bem-estar material e segurança¹³⁸.

As transformações constitucionais iriam favorecer o desenvolvimento dos serviços sociais porquanto, se no período compreendido entre as duas guerras mundiais a lógica social do constitucionalismo priorizava a intervenção do Estado nas estruturas econômicas e o reconhecimento constitucional dos organismos sociais, a experiência das ditaduras totalitárias mudaria, de alguma maneira, o ângulo de aproximação. Mas, a revalorização das instituições democráticas e das liberdades públicas acabaria por deslocar a questão social para o problema dos direitos, sem prejuízo de salientar a intervenção do Estado na economia, que, embora sob a forma da planificação e nacionalizações, emergira nos primeiros processos constitucionais pós-totalitários de países como a França e a Itália à guisa de instrumentos de reforma social¹³⁹.

Herrera afirma que o conceito de Estado de direito social surge entre “declarações jurídicas generosas” e “impasses políticos reais”, sendo

rôle des syndicats dans la détermination de ces mesures, notamment par le biais d’institutions paritaires” (página 9).

¹³⁸ Qual o conteúdo dessa noção de “cidadania social”? “L’idée de citoyenneté sociale – explica Herrera – correspondait selon Marshall à une gamme entière de droits, ‘du droit à une parcelle de bien-être et de sécurité économiques jusqu’au droit à partager entièrement l’héritage social et à vivre la vie d’une existence civilisée selon les standards régnant dans la société’. En ce sens, la citoyenneté sociale rendait effectif, du même coup, l’exercice des vieux droits civiques et politiques. Si les vieilles *Poor Laws* établissaient un divorce entre les droits sociaux et la citoyenneté, le développement des services sociaux et l’éducation publique leur donnaient le même statut que les autres droits, autrement dit, un droit universel à un revenu réel qui n’était pas proportionnel à la valeur marchande du demandeur (Marshall 1950). En insistant sur ce qui avait d’évolutif dans la matrice des droits sociaux, Marshall ancrerait cette conception dans la tradition démocratique” (página 9).

¹³⁹ Tanto que, continuando o raciocínio, Herrera acentua que: “Si la constitutionnalisation d’une politique sociale en termes de droits fondamentaux avait été très forte dans tous le processus constituant italien (et, dans une moindre mesure, français), elle était inséparable, du moins dans l’esprit de constituants, de l’émergence de nouveaux rapports sociaux, un processus dans lequel l’État devait oeuvrer dans une direction précise. Les droits sociaux apparaissaient alors comme de véritables ‘droits créances’ face à ces États. Mais déjà les premiers commentateurs de ces constitutions pointaient avec lucidité un certain déséquilibre: à la promesse des transformations à venir sur le terrain des fins, correspondait, en même temps, un refus d’instituer, sur le terrain des moyens, les institutions ou les organes aptes à garantir cette démocratie sociale (Herrera 2005). Les évolutions politique et juridiques confirmeront cette vision des choses” (página 9).

constitucionalizado no artigo 28 da Lei Fundamental Alemã de 1949. Essa é uma Constituição que, de maneira contrária às Constituições francesa e italiana, que a precederam, não instituiu um sistema normativo específico de direitos sociais. A proximidade, ainda presente, entre esse conceito e os projetos de transformação socialista inscritos na Constituição de Weimar, explica a primeira recusa que ele sofreu na doutrina constitucional alemã, em que se sustentava haver incompatibilidade de princípio entre Estado social e Estado constitucional. Mas, o conceito de Estado de direito social acabou por prevalecer, tanto que diversas Constituições, primeiro na Europa, depois na América Latina, o acolheram como um conceito central. Nada obstante, tal conceito encerrou a possibilidade de uma cisão entre a idéia de direitos sociais – com o atributo de “direitos fundamentais” – e o Estado social, a qual já era considerada por seus primeiros críticos¹⁴⁰.

O *Welfare State*, independentemente de sua conceituação jurídica, disseminou-se pela Europa ocidental depois da Segunda Guerra Mundial, e para isso colaboraram o movimento e os sindicatos dos trabalhadores, que, embora abandonando os programas radicais, se haviam fortalecido nos sistemas políticos. Herrera observa que nos sistemas em que os princípios da igualdade e da universalidade foram aplicados mediante políticas acentuadamente distributivas, como no caso dos países escandinavos, o critério básico para definir os Estados sociais foi a “*démarchandisation*”, ou seja, a diminuição do predomínio do mercado¹⁴¹.

A profundidade do novo projeto social-democrata se revela, em todo o seu alcance, no momento em que a crise energética e fiscal dos anos 70 pôs em risco o

¹⁴⁰ Esse tipo de direito, continua Herrera, foi teorizado sob a forma de uma “*participation en tant que droit et demande*” na riqueza nacional, carecendo de um Estado que distribui, divide e atribui. Para os que sustentam essa posição, contudo, o “*champ d’expansion propre de ce type d’État ‘social’ est la législation et l’administration et ces ‘droits’ ne doivent rentrer dans un système constitutionnel que, dans les meilleurs des cas, à titre de buts, d’objectifs. Droits sociaux fondamentaux, en revanche, ne pouvaient pas être contenus dans une norme abstraite et prête à exécution, sur laquelle un juge déciderait*” (páginas 9 e 10).

¹⁴¹ Mas, esclarece o autor, “*il ne s’agissait plus, même dans le programme des majorités socialistes qui allaient succéder au pouvoir dans les pays scandinaves depuis les années 1930, puis en Autriche et Allemagne, d’une transformation radicale de la société, mais plutôt d’une intégration des masses ouvrières dans le système capitaliste, à l’aide d’un transfert de revenus parfois très important*” (página 10). É importante, pois, anotar tal evolução: ainda que sem uma transformação radical da sociedade, verificou-se a integração dos trabalhadores assalariados no sistema capitalista, por meio de uma expressiva transferência – ou distribuição – de renda.

sistema que se havia instituído trinta anos antes, ocorrendo então, segundo Herrera, que a defesa de uma sociedade industrial de pleno emprego se transformou na questão política mais importante, reportando-se o autor, nesse trecho do seu estudo, a Olof Palme, então líder socialista da Suécia, que é o Estado social mais avançado em termos de redistribuição de renda ou benefícios sociais. Herrera acentua o seguinte:

Le problème du changement social par la transformation du régime de propriété privée, que était encore au coeur du premier constitutionnalisme social, avait perdu sa centralité du moment où la social-démocratie réduisait son programme à l'intégration de la classe ouvrière dans cet État¹⁴².

Mas, devido à persistência das dificuldades estruturais que afetaram o *Welfare State*, o “paradis suédois” inclusive, no final dos anos 80, a busca de uma terceira via social – entre a manutenção do *Welfare State*, de um lado, e o seu desmantelamento, de outro – acabou por aprofundar o programa social-democrata de integração social. Suas características tornaram-se absolutas, indo além do mundo do trabalho, a par do que cessou a referência a uma “citoyenneté sociale”. Em meados da década de 1990, registra Herrera, Anthony Giddens, sociólogo inglês e um dos ideólogos do *New Labour*, definia “igualdade” como “integração”, voltando a vincular o conceito de igualdade à cidadania, aos direitos civis e políticos, bem como aos deveres que devem recair sobre todos os membros da sociedade¹⁴³.

Tais transformações, no plano dos fatos e no plano das teorias sociais, prossegue Herrera, depararam linhas de evolução no direito constitucional, uma vez que a questão das necessidades sociais, na Constituição, se delineia mais em termos de direitos que de políticas ativas de planificação e nacionalização ou, mesmo, de promoção de instituições sócio-econômicas paritárias. Nada obstante, a controvérsia sobre o atributo constitucional dos direitos sociais não avançara, tendo por objeto a natureza desses direitos, que seria diferente em relação aos direitos humanos individuais ou aos direitos de liberdade¹⁴⁴.

¹⁴² No trabalho em estudo, página 10.

¹⁴³ “L'inégalité – diz Herrera -, en revanche, est thématisée comme exclusion du système, qui n'a pas, définitivement, d'au-delà” (página 10).

¹⁴⁴ Não se avançara, de acordo com Herrera, no sentido de ver nos direitos sociais demandas de prestações positivadas, sob a forma jurídica de créditos: “Par-delà les frontières nationales (et

A redução dos direitos sociais, em termos de prestações materiais, trazia uma série de conseqüências. A primeira delas, de natureza teórica, no sentido de que os direitos sociais não teriam valor universal e permanente, talvez nem pudessem ser mesmo considerados como direitos na medida em que, as obrigações correlatas não representariam a contrapartida de um direito reconhecido em favor da pessoa humana. Herrera, no particular, e reportando-se a Jean Rivero – segundo ele, um dos maiores especialistas franceses em direitos humanos -, salienta que, se o serviço não foi criado, se o Estado não amealhou os recursos necessários para pagar a dívida, o citado direito de crédito não poderia ser exercido. Daí se chega à segunda conseqüência, agora de natureza prática: como a alocação de recursos do Estado não se submete a critérios constitucionais, dependendo antes de contingenciamentos financeiros ou a critérios de oportunidade, a eficácia dos direitos sociais acaba por depender da discricionariedade do legislador, e ainda assim sob a reserva do que for possível¹⁴⁵.

Incluir um direito, diz Herrera, no texto da Constituição não significa qualificá-lo como “fundamental”, pois a característica de um direito fundamental consiste na possibilidade de sua aplicação imediata, sem depender de lei que disponha sobre ele ou o torne passível de postulação em juízo. Assim prescreve, segundo o autor, o critério doutrinal, amplamente difundido na Alemanha, cuja Corte Constitucional adota o entendimento de que os direitos sociais não podem ser aplicados sem que antes se edite lei ordinária a respeito, pois, se fossem aplicados diretamente estaria sendo violado o princípio da separação dos poderes, conseqüentemente o próprio fundamento da democracia, segundo o qual cabe aos representantes eleitos pelo povo decidir sobre o empenho das despesas públicas e as orientações da política social¹⁴⁶.

politiques) la conception qui voyait dans les droits sociaux essentiellement des demandes de prestations positives, sous la forme juridique de ‘créances’ – des *Leistungsrechte*, selon la doctrine allemande – restait fermement ancrée” (página 10. Grifo do autor).

¹⁴⁵ Em outras palavras, como Herrera arremata, os direitos sociais não são absolutos, como os direitos fundamentais, afigurando-se, primacialmente, como diretrizes ou mandados constitucionais: “Autrement dit, d’un point de vue technique, ils ne seraient pas de droits ‘absolus’ comme les droits fondamentaux, mais plutôt des directives, des mandats constitutionnels (página 11).

¹⁴⁶ “En effet – Herrera arremata -, du moment où l’on pense les droits sociaux comme des prestations matérielles financièrement coûteuses, ce n’est pas à la juridiction d’opérer les choix politiques qu’ils entraîneraient leur réalisation, mais au Parlement” (página 11).

Por outro lado, Herrera continua, a efetivação dos direitos sociais depende de uma escolha política, de modo que na contingência de circunstâncias econômicas adversas – casos de recessão, crise fiscal, desequilíbrio orçamentário, entre outros – tais direitos podem ser preteridos em proveito de outras opções políticas. Sendo, pois, restrita a concretização dos direitos sociais, a universalização dos modelos de *Welfare State* acabou por se conformar a determinados limites¹⁴⁷.

Herrera tende a concluir que a centralidade que a problemática dos direitos fundamentais assume no domínio social reflete a visão atual dos Estados sociais, num sentido menos protetor e mais liberal, de sorte que a hegemonia do discurso dos direitos sociais é algo como uma tradução jurídica dessas mutações, num aspecto dos direitos desprovido da substância própria do social, sendo certo que uma análise nesses termos, com base nas dimensões individuais, dá ensejo ao questionamento da manutenção das políticas sociais ativas. O aprimoramento do conteúdo de certos direitos sociais, submetidos às lógicas individualistas consentâneas com os tradicionais direitos da pessoa humana, ilustra a nova situação. Exemplificando, Herrera cita uma lei francesa de 4 de março de 2002, que deslocou o eixo do direito à saúde, submetendo-o a uma limitação de poder absoluto ao atribuir aos médicos a faculdade de reconhecer, ou não, os direitos dos cidadãos e cidadãs que estejam no estado de pacientes¹⁴⁸.

Vendo a contingência da efetivação dos direitos sociais pelo ângulo da atuação do Poder Judiciário, Herrera procura demonstrar que a questão não pode ser deixada exclusivamente à esfera política, sempre dependente de maiorias que se alteram e, por isso, não implica garantia melhor que a da postulação em juízo, mesmo porque há em toda política um componente discricionário. A argumentação, porém, no sentido da postulação judicial ou no da atuação política, hoje é menos concludente, em função das transferências das competências estatais e da

¹⁴⁷ Nas palavras de Herrera: “Dans la mesure où le problème de la concrétisation des droits sociaux se posait de manière aussi restrictive, tant par rapport à la forme constitutionnelle comme par rapport à la démocratie politique, la limite de l’universalisation des modèles de *Welfare State* (même les plus avancés) se trouvait atteinte” (página 11).

¹⁴⁸ A efetivação dos direitos sociais deve ficar na dependência do Poder Judiciário? Herrera apresenta a seguinte consideração: “Et si l’on fait observer que les déterminations en termes de droits de la personne pourraient permettre une meilleure protection par les instances judiciaires, les tenants de ce type d’argument rétorqueraient probablement qu’il est dangereux de confier à des juges, non élus et non responsables, le dessein, même partiel ou indirecte, des politiques sociales, qui doivent rester du ressort des politiques” (página 11).

globalização. De resto, a evolução do constitucionalismo, deslocando a questão social para o âmbito dos direitos fundamentais, pode ensejar outros meios de estudo dos direitos sociais e da relação destes com o Estado industrial da segunda metade do século XX, a começar pela crítica ao pressuposto de que os direitos sociais consistem exclusivamente em prestações materiais, a depender sempre de despesas orçamentárias. Afigura-se limitado esse pressuposto, em termos conceituais. Acresce que, possivelmente, são dificuldades teóricas, antes que uma adaptação política, que favorecem o ressurgimento das argumentações vinculadas ao princípio da dignidade humana como base dos direitos sociais em nível doutrinário e jurisprudencial¹⁴⁹.

Herrera conclui o seu estudo frisando que no primeiro modelo de Estado social os direitos fundamentais não eram reconhecidos, circunstância que era conseqüência de uma visão voltada para o controle social. Já o modelo do *Welfare State*, reconhecendo embora, amplamente, os direitos sociais, não propiciava a efetivação deles senão numa direção única e relativa, evidenciando os limites de neutralização do mercado pelo Estado. Por outro lado, registra-se a existência de Estados sociais que não reconheceram, constitucionalmente, os direitos sociais, de sorte que o fundamento jurídico de uma política social não é inoperante no que toca à conseqüências. Uma abordagem jurídica, em termos de direitos, pode ter apresentado falha nas reflexões sobre o Estado, mas pode também abrir perspectivas na compreensão das evoluções por que passou o Estado social, quanto aos tipos e níveis de proteção, quanto aos meios e aos seus fins. Parece proveitoso reproduzir as palavras com que Herrera termina o seu texto, quais sejam:

Certainement, au cours de notre analyse, nous avons pu voir apparaître une certaine tension, et parfois même une incompatibilité entre les idées de droits sociaux et d'État social. Car, il n'y a pas de continuité entre les deux notions. Mais cette séparation illustre toute la différence entre la revendication 'politique' de certaines prestations et l'exigibilité 'juridique' (et même judiciaire) des droits. Dans des États démocratiques en pleine

¹⁴⁹ “Et si les droits sociaux sont conçus comme des droits de l'homme comme les autres – Herrera pondera -, compte tenu qu'ils cherchent également la maximisation de l'autonomie de la personne et la réduction de l'arbitraire produit par des situations matérielles, on peut même y trouver une voie pour oeuvrer à la limitation des éléments discrétionnaires de l'État social” (páginas 11 e 12).

transformation en tout cas, la portée politique des garanties judiciaires à l'action étatique en matière sociale ne devrait pas être négligée¹⁵⁰.

Em relação ao Brasil, quando se cuidar, nesta dissertação (capítulo 5) da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, procurar-se-á ver até que ponto ela evoluiu, impulsionada pelas postulações judiciais e chegando a ter o alcance político a que acima se alude.

¹⁵⁰ No estudo ora analisado, página 12.

6 ABUSO DO PODER ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LICENÇA COMPULSÓRIA

6.1 A PERTINÊNCIA E LEGITIMIDADE DA LICENÇA COMPULSÓRIA

A Constituição Federal, no Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”), Capítulo I (“Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”), artigo 173, § 4º, ordena a repressão do abuso do poder econômico. Eis o texto do citado parágrafo:

A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros¹⁵¹.

O mercado, a concorrência e o lucro são valores são valores que a Constituição considera socialmente úteis, e quer, por isso, preservar. Mas, a utilidade social desses valores depende de sua conformidade aos princípios inscritos no artigo 170. O mercado, a concorrência e o lucro inserem-se na atividade econômica, que, por sua vez, deve submeter-se a uma ordem. Tal ordem deve fundamentar-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. E deve ter por finalidade assegurar a todos os cidadãos e cidadãs uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. De resto, deve se ater aos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Diante desse fundamento, dessa finalidade e desses princípios, quando se caracterizará o abuso do poder econômico. Por outro lado, como a livre iniciativa e a propriedade privada são valores que a Constituição Federal consagra, como conferir legitimidade à licença compulsória?

¹⁵¹ *Códigos – Tributário – Processo Civil e Constituição Federal*, Editora Saraiva, 2ª edição, 2006.

No entender de José Afonso da Silva, a Constituição Federal reprime o abuso do poder econômico para garantir a livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa. Diz ele o artigo 170, inciso IV, e o artigo 173, § 4º, da Constituição, são dispositivos que se complementam no mesmo objetivo:

Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso¹⁵².

O abuso se manifesta, segundo José Afonso da Silva, quando o poder econômico impede a iniciativa de outrem ou outros, e quando ele passa a ser fator de aumento arbitrário de lucros em benefício de quem o detenha. Assim, a Constituição condena a prática abusiva que decorre do capitalismo monopolista, e o faz visando a intervenção do Estado na economia, mas, precisamente, para favorecer a economia de livre mercado. Nada obstante, na opinião do autor existem muitas leis antitrustes, sem eficácia, todavia, pois não mais existe economia de mercado, nem livre concorrência, dado que o modo de produção capitalista evoluiu para as formas oligopolistas¹⁵³.

Assim, projetando a questão do abuso do poder econômico, agora que já se tem os contornos dessa figura jurídica, sobre o plano do direito constitucional à saúde, é preciso reconhecer, como escreve Astrid Heringer, que há aumento de gastos na produção de novos medicamentos, e que diversos fatores conduzem a esse aumento, como o elevado nível de dispêndios com pesquisas para o desenvolvimento de novos remédios, o tempo a decorrer, amiúde longo, entre o início das pesquisas para um novo produto e o lançamento deste no mercado, a

¹⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 29ª edição, revista e atualizada, página 795.

¹⁵³ Obra citada, *ibidem*. O autor argumenta no sentido de que a economia está centralizada nas grandes empresas e em seus agrupamentos, daí decorrendo a ineficácia da legislação tutelar da concorrência. A concentração capitalista, contudo, não é um fenômeno patológico, mas uma realidade fundamental do novo Estado industrial, de modo que não será possível modificá-la por meio da lei, simplesmente, impondo-se antes que se aguardem as transformações dos próprios fundamentos da concentração capitalista (página 796).

imprevisibilidade dos investimentos que um novo produto exigirá e a facilidade de cópia de processos¹⁵⁴.

Heringer propõe, diante da premência na utilização dos medicamentos, a seguinte indagação: o que é mais importante, o direito do inventor, de se tornar titular do direito, permanentemente resguardado, à percepção de *royalties*, decorrentes da exploração comercial do seu invento, ou o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, entre os quais o direito à saúde, que assegura a todas as pessoas o acesso a medicamentos de última geração, gratuitamente ou a custo acessível? Diz ela:

Eis o grande dilema que se coloca. Como resolver essa questão sem ferir direitos fundamentais: de um lado o direito de propriedade, constante da lei ordinária e da própria Carta Magna; e de outro lado, outro direito, mais importante ainda, que é o direito à saúde, e quiçá, à vida também, porque essa é uma decorrência daquela¹⁵⁵.

A autora conclui que é dever do Estado, em havendo situações de risco de vida ao cidadão ou cidadã, intervir para assegurar a proteção do bem maior, que é a vida humana. O direito de propriedade do inventor, de auferir ganhos pela concessão da patente sobre um determinado medicamento, não é um direito absoluto, pois deve render-se à supremacia do interesse público. Legitima-se assim, quando houver abuso de poder econômico ou falta de fabricação local do medicamento, o recurso à licença compulsória, nos termos da Constituição Federal e do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (*TRIPS*), firmado no âmbito da Rodada Uruguaia do GATT, hoje Organização Mundial do Comércio. Heringer, aliás, enfatiza:

Portanto, a saúde é direito fundamental, constante do art. 196 da Constituição Federal de 1988 e que necessita de eficácia plena e imediata,

¹⁵⁴ ANNONI, Danielle (coordenadora). *Direitos Humanos e Poder Econômico – Conflitos e Alianças*, vários autores, Juruá Editora, Curitiba, 2005. O capítulo escrito por Astrid Heringer, intitulado *Patentes de medicamentos: aspectos jurídicos e sociais*, insere-se na Parte III do livro, que versa sobre a *Efetivação dos Direitos Humanos e a Indústria Química e Farmacêutica*. Tal capítulo estende-se da página 309 à 332. O trecho a que se faz referência está na página 317.

¹⁵⁵ Obra citada, página 319.

conforme art. 5º, § 1º, da Lei Fundamental. Para isso, não importa de quais meios o Estado se utiliza, basta apenas que o faça¹⁵⁶.

Em 1993 celebrou-se um acordo na Rodada Uruguai do denominado “Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio”¹⁵⁷, favorecendo-se as empresas transnacionais, isto é, que desempenham atividades econômicas em mais de um país.

Como John Madeley observa, elas foram fortalecidas por esse acordo porque, tendo exercido forte influência na elaboração das regras, conseguiram reduzir as atribuições governamentais aptas a regular e controlar o seu funcionamento¹⁵⁸.

No entender de John Madeley, que neste particular reporta-se a G. Monbiot, em *The Guardian*, edição de 16-12-1999, as transnacionais se valem da Organização Mundial do Comércio na expectativa de criar um mercado global desregulado, que possa ser controlado por elas sem o entrave de leis que protejam o meio ambiente e os direitos humanos¹⁵⁹.

A força das transnacionais deriva das patentes. Dispondo de capital, podem elas investir em pesquisas e no desenvolvimento de produtos patenteáveis, fazendo-o com segurança, porque também dispõem dos meios legais para protegê-los, além das normas emanadas da OMC¹⁶⁰.

A Rodada Uruguai abrange, aliás, um acordo específico sobre os Direitos de Propriedade Intelectual ligados ao comércio¹⁶¹.

Tal acordo – *TRIPs* – está em vigor desde janeiro de 1995 e enuncia as regras e os padrões que abarcam os direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio internacional, atribuindo aos conglomerados transnacionais o direito à proteção de sua propriedade intelectual em todos os países que compõem a Organização Mundial do Comércio. O acordo sobre os *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* é parte integrante (Anexo 1C) do Acordo Constitutivo da

¹⁵⁶ Obra citada, página 329.

¹⁵⁷ O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio costuma ser designado pela sigla inglesa GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*).

¹⁵⁸ “O Comércio da Fome”, livro que integra a “Coleção Questões Mundiais”, da Editora Vozes – Edição de 2003 – Página 134.

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁶⁰ MADELEY, John – Obra citada, página 135.

¹⁶¹ Também no tocante a esse acordo específico adota-se a sigla inglesa *TRIPs* (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

Organização Mundial do Comércio, sucessora do GATT, e vigora no Brasil por força do Decreto Presidencial nº 1.355, de 30-12-1994. Com o fim das negociações da Rodada Uruguai, a que se seguiu a criação da Organização Mundial do Comércio, que passou a atuar em 1º-1-1995, verificou-se uma profunda mudança na estrutura institucional das relações econômicas internacionais¹⁶².

Para John Madeley o tratado internacional referente aos *Trips* implica até mesmo um afastamento dos princípios da OMC relativos ao livre-comércio e, nada obstante, acresce às convenções da Organização Mundial de Propriedade Intelectual “obrigações concretas sob as regras da OMC”¹⁶³.

Decorrente dessas informações, a questão que se propõe é esta: até que ponto o direito à patente e à propriedade intelectual relacionada com o comércio é legítimo, ou seja, é possível que a partir de um determinado ponto tal direito passe a caracterizar abuso do poder econômico?

Deve ser questionado, pois, com base na Constituição da República Federativa do Brasil e nos estudos da Organização Mundial de Saúde, o argumento das indústrias farmacêuticas, no sentido de que os direitos de patente lhes são imprescindíveis para financiar as atividades de pesquisa e produção que desenvolvem.

É possível demonstrar que a legitimação para se impor a licença compulsória prende-se ao fato de que o alto custo de novos medicamentos, assim elevado por força da proteção da patente, pode ter implicações na esfera dos direitos humanos, restringindo o acesso das famílias a esses remédios¹⁶⁴.

Não é inútil lembrar, portanto, que a doutrina das patentes industriais, aí incluída a farmacêutica, bem como a da chamada “licença compulsória”, poderiam permanecer desconectadas da doutrina dos direitos humanos, em que se inclui o direito à saúde.

¹⁶² DOMINGUES, Renato Valladares. *Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos no Sistema da Organização Mundial do Comércio: A Aplicação do Acordo TRIPs*, São Paulo, Lex Editora, 2005, páginas 11 e 17.

¹⁶³ Obra citada, páginas 137 e 138.

¹⁶⁴ Anota-se no relatório citado que os medicamentos “are increasingly recognised as a core duty under the international human right to health (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2000, 42a, 42d)”.

Segundo Ignacio Gutiérrez Gutiérrez é necessário diferenciar as dimensões da dignidade humana em relação a diferentes contextos jurídicos, mas sem isolá-las, ou seja, pelo contrário, preservando sua conexão sistemática, donde não se poder excluir a questão do direito à saúde.

É que a dignidade humana não pode ser vista senão em referência à pessoa em sua integralidade, que engloba todos os seus singulares direitos¹⁶⁵.

Os direitos fundamentais devem garantir as condições em que cada pessoa humana desenvolve sua capacidade para a dignidade, ensejando a oportunidade de se terem presentes, de maneira concreta e imediata, situações problemáticas de pessoas individualmente consideradas, que em sua subjetividade, portanto, possam efetivamente assumir a legitimidade da ordem jurídica e do exercício do poder estatal¹⁶⁶.

A personalidade, portanto, é o primeiro pressuposto e por isso constitui o elemento imodificável de tal garantia, mas havendo também um elemento variável, que se vincula à maneira pela qual a ordem social atende às necessidades existenciais das pessoas humanas e à distribuição do poder.

Assim, nas condições políticas e técnicas das sociedades industrializadas, a aceitação da ordem estatal por parte das pessoas pressupõe cinco condições, quais sejam:

- a) a segurança na vida individual e social, que lhes permita viver sem angústia no que toca à preservação da própria existência, garantia que, de resto, a pessoa não pode obter por si só;
- b) a igualdade jurídica, sem que a pessoa sofra em decorrência de circunstâncias pelas quais não é responsável;

¹⁶⁵ “Dignidad de la persona y derechos fundamentales” – Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. – Madrid – 2005. Consoante o próprio autor: “En efecto, la dignidad sólo puede ser referida a la persona en su integridad, resulta difícil percibir su alcance si se presenta desglosada en derechos singulares. Si al determinar su contenido de manera positiva parecemos abocarnos a la acotación de ámbitos diferenciados, resulta ineludible acudir a la idea de *sistema*” (página 41 – o autor grifou).

¹⁶⁶ Lê-se no original o seguinte: “Los derechos fundamentales tendrían la función de garantizar las condiciones en las que cada cual desarrolla su (capacidad para la) dignidad; la ventaja de las tesis de LUHMANN sería ‘la posibilidad de referirse inmediatamente a situaciones problemáticas concretas de hombres individuales’. La subjetividad merece una preservación no abstracta, sino de las condiciones en las que cabe concebir que los sujetos asuman efectivamente la legitimidad del orden jurídico y del ejercicio del poder estatal” (Obra citada, página 43).

c) a garantia da conformação particular da identidade e integridade humanas, bem como de um espaço de autodeterminação responsável em tal âmbito;

d) a limitação do poder estatal, mediante a instituição formal do Estado de Direito, e

e) os cuidados com as contingências corporais da pessoa humana¹⁶⁷.

Vê-se aí presente, com nitidez, ao longo dessas cinco condições, de maneira implícita nas quatro primeiras, mas explicitamente na última, o direito à saúde, aliás, como simples e primordial desdobramento do direito à vida, que, voltando-se ao pensamento de Astrid Heringer, sobrepõe-se ao direito de propriedade do inventor.

Devido a essa supremacia o acordo *TRIPs*, no tocante às patentes farmacêuticas, admite exceções. Embora o artigo 27.1 desse acordo estabeleça que “qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial”¹⁶⁸, Renato Valladares Domingues observa que o mesmo artigo, em seus §§ 2º e 3º, especifica as exceções que permitem aos países-membros recusar, na legislação nacional própria, a patenteabilidade de invenções¹⁶⁹.

¹⁶⁷ “De este modo – lê-se no texto original -, si la personalidad en sentido kantiano es un primer presupuesto, y constituye por ello el elemento *inmodificable* de tal garantía, existe igualmente un elemento *variable*, ligado al modo en que el orden social provee a las necesidades existenciales de los hombres y a la distribución del poder. Y añade que, ‘bajo las condiciones políticas y técnicas de las sociedades plenamente industrializadas, la aceptabilidad de un orden estatal por los ciudadanos presupone al menos cinco condiciones’, que son a continuación identificadas, desarrolladas y puestas en conexión con las disposiciones en las que se concretan o con las que se vinculan, en forma ciertamente diversa. La enumeración comprende:

- 1) la seguridad en la vida individual y social (la liberación de la angustia por la preservación de la propia existencia, que nadie puede garantizarse ya por sí mismo);
- 2) la igualdad jurídica, sin derivar perjuicios para el sujeto de circunstancias de las que él no es responsable;
- 3) la garantía de la conformación privada de la identidad e integridad humanas, de un espacio de autodeterminación responsable en tal ámbito;
- 4) la limitación de la utilización del poder estatal, entendida en los términos del Estado formal de Derecho, y
- 5) la atención a la contingencia corporal del hombre” (obra citada, páginas 43 e 44 – O autor grifou).

¹⁶⁸ DOMINGUES, Renato Valladares. *Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos no Sistema da Organização Mundial do Comércio: A Aplicação do Acordo TRIPs*, São Paulo, Lex Editora, 2005, páginas 66.

¹⁶⁹ Obra citada, página 72.

O primeiro grupo de exceções, escreve ele, previsto no § 2º, refere-se à exclusão da patenteabilidade quando estiver em jogo a proteção da ordem pública, a saúde, a moralidade e o meio ambiente. O segundo grupo está previsto no § 3º, que permite aos países-membros considerar como não patenteáveis os métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais, bem como plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Mas, segundo Domingues, as exceções referentes aos métodos de diagnóstico, de tratamento, de terapia e de cirurgia, animal ou humana, têm pouca repercussão econômica e comercial, além do que o registro e a proteção das patentes correlatas são de difícil execução¹⁷⁰.

Quanto à licença compulsória, Domingues começa por anotar que a concessão de uma patente assegura ao seu titular uma série de direitos, sendo certo que, no entanto, o gozo de tais direitos deve submeter-se ao cumprimento da função social da patente. Como assegurar o cumprimento da função social da patente? Respondendo, o autor diz:

Para assegurar que a patente cumpra a sua função social, muitos países prevêm em suas legislações internas a possibilidade de concessão de licenças obrigatórias em casos de abusos de direito, abuso econômico, interesse público ou por falta de exploração da patente pelo titular¹⁷¹.

Conseqüentemente, como Domingues salienta, o sistema criado pelo acordo *TRIPs* permite que, respeitadas as condições a que alude o seu artigo 31, as legislações nacionais definam livremente os casos de utilização do objeto da patente sem a autorização do titular. Numa palavra: os casos de outorga de licenças compulsórias. Qual a orientação da lei brasileira? O autor observa que:

¹⁷⁰ Obra citada, páginas 73 e 74.

¹⁷¹ Obra citada, páginas 95 e 96. Domingues complementa com a seguinte informação: "O *Trips* não faz referência expressa ao uso de licenças compulsórias. Em vez disso, o artigo 31 autoriza os Estados-Membros a estabelecerem em suas legislações internas, 'outro uso do objeto da patente sem a autorização de seu titular', desde que respeitadas as condições previstas no Acordo".

No Brasil, o parágrafo 1º do artigo 68 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, prevê a possibilidade de outorga de licença compulsória em caso da não-exploração do objeto da patente no território brasileiro, falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação. O *caput* do artigo 71 da referida lei permite também a licença compulsória temporária e não exclusiva para a exploração da patente em casos de emergência nacional¹⁷².

Mas, há condições para a concessão de licenças compulsórias. Domingues discorre sobre elas. A autorização do uso deve ser considerada com base no mérito individual, ou seja, o pedido de licença deve ser analisado caso a caso, após o usuário previamente solicitar a autorização do titular em condições razoáveis, sem obter êxito¹⁷³. A licença, por outro lado, “deverá ser de caráter não exclusivo e não transferível, exceto conjuntamente com a empresa ou parte da empresa que dela usufrui”¹⁷⁴. Acresce que a licença compulsória poderá ser extinta se, e quando, as circunstâncias que a ensejaram deixarem de existir e for improvável que voltem a existir¹⁷⁵. A outorga da licença compulsória, ademais, não exclui a remuneração

¹⁷² Obra citada, página 97. Na mesma página depara-se interessante informação do autor: “É importante notar que, embora o artigo 31 do Acordo se refira a cinco motivos específicos (emergência nacional; circunstâncias de extrema urgência; práticas anticompetitivas; patentes dependentes; uso público não comercial pelo governo), estes não servem de limites ao poder dos países de aplicar outros remédios para outras situações”.

¹⁷³ Obra citada, páginas 99 e 100. O autor acrescenta que o “alcance e a duração da licença serão restritos ao objetivo para o qual foi autorizada. Essa condição implica que a duração e o alcance da licença devem ser limitados, mas não impede que a licença concedida se estenda até o término do vencimento da patente”.

¹⁷⁴ Obra citada, página 100. Nesse tópico, Domingues alude a duas dificuldades: “Essa questão tem implicações de ordem prática. Países com mercados pequenos, se forçados a fabricarem os produtos licenciados exclusivamente para o mercado interno, fatalmente não atingirão a escala necessária para viabilizar economicamente a produção”. A outra dificuldade refere-se ao setor farmacêutico: “Durante a IV Conferência Ministerial da OMC, realizada em Doha, Catar, de 9 a 14 de novembro de 2001, esse assunto foi discutido. Como se verá mais adiante, em um dos mais polêmicos parágrafos da Declaração de Doha sobre o Acordo Trips e Saúde Pública, os integrantes da OMC reconheceram que ‘os membros da OMC com pouca ou nenhuma capacidade de produção no setor farmacêutico possam enfrentar dificuldades para a efetiva utilização do licenciamento compulsório previsto no Acordo Trips’ ” (página 101).

¹⁷⁵ Obra citada, página 101. Domingues observa que essa condição, se não houver um mínimo grau de segurança e estabilidade, poderá desestimular a solicitação da licença, que a qualquer momento poderá ser rescindida. “Cabe ressaltar – ele acrescenta -, no entanto, que embora o dispositivo em questão gere alguma incerteza para os licenciados, a eventual extinção da licença se encontra sujeita a ‘proteção adequada dos legítimos interesses das pessoas autorizadas’ para fazer uso do objeto da patente” (página 102).

adequada ao titular da patente, observadas as circunstâncias de cada uso e atentando-se para o valor econômico da autorização¹⁷⁶.

Conclui-se, pois, que mesmo com o recurso à licença compulsória, subsistem dispêndios elevados, sem os quais não se poderá cumprir, com eficácia e efetividade, o direito à saúde, positivado na Constituição Federal de 1988. Deixa-se para reflexão, mesmo porque é apta a suscitar muita polêmica ou controvérsias, a seguinte assertiva de Astrid Heringer:

Conclui-se, assim, que cada vez mais a importância dada pela indústria – iniciativa privada – é mais intensa do que o interesse do governo pelo setor, que deveria ser prioridade, tendo em vista que o setor farmacêutico é estratégico e que das decisões do governo importam a saúde e a vida de milhares de pessoas, sem direito a um atendimento adequado¹⁷⁷.

6.2. POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À SAÚDE. NOTAS SOBRE O PROGRAMA NACIONAL DE LUTA CONTRA A AIDS

O que se tem em vista, neste tópico, é perquirir as ações do governo federal no âmbito da saúde, principalmente no que respeita à assistência dada aos portadores do vírus HIV, com ou sem a manifestação da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. Em outras palavras, o que se pretende é fazer um estudo das políticas públicas nessa esfera da atuação governamental.

Uma primeira indagação logo se impõe: o que é política pública? O conceito de política pública, então, será o primeiro tópico deste capítulo.

Maria Paula Dallari Bucci, num estudo específico sobre a matéria¹⁷⁸, informa que as políticas públicas constituem um tema proveniente da Ciência Política e da

¹⁷⁶ Obra citada, página 102. Domingues enfatiza que a remuneração devida ao titular da patente, baseada no valor econômico desta, poderá em muitos casos inviabilizar, por falta de verbas, programas de saúde pública. Por isso, ressalta ele, em situações assim urgirá lembrar que “a disponibilidade de tratamentos, o preço e o acesso a medicamentos estão ligados ao direito humano fundamental à saúde, razão pela qual a proteção aos direitos de propriedade intelectual está condicionada ao interesse social envolvido” (página 105).

¹⁷⁷ HERINGER, Astrid. *Patentes Farmacêuticas – Propriedade Industrial no Contexto Internacional*, Curitiba, Juruá Editora, 1ª edição (2001), 4ª tiragem (2007), página 97.

¹⁷⁸ *O conceito de política pública em direito*, primeiro capítulo do livro intitulado *Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, obra da lavra de vários autores, elaborada sob a organização de Maria Paula Dallari Bucci, Editora Saraiva, 2006.

Ciência da Administração Pública, e que, no âmbito da Ciência do Direito, tem sido abordado pela Teoria do Estado, pelo Direito Constitucional, pelo Direito Administrativo e pelo Direito Financeiro. O objeto das políticas públicas consiste nas relações entre a política e a ação do Poder Público, mesmo porque o Direito, em especial o Direito Público, “é inteiramente permeado pelos valores e pela dinâmica da política” e, por outro lado, inserir as políticas públicas no campo de estudo jurídico implica um movimento de abertura do Direito para a interdisciplinariedade¹⁷⁹.

A autora alude a um “desafio atual”, consistente no esforço de se elidir a esterilização do Direito Público em sua função de organizar as relações entre Estado, Administração Pública e sociedade. Tal esterilização resultou do distanciamento do Direito Público em relação à realidade, sempre cambiante e dinâmica. Nada obstante, Dallari Bucci observa que, em termos da atuação concreta do Direito, o funcionamento cotidiano do sistema jurídico, naquela concepção de um sistema hierarquizado de normas jurídicas, representado pela figura da pirâmide normativa em cujo ápice se encontra a norma fundamental hipotética, que seria a expressão formal do pacto fundamental de um povo, revestido de legitimidade tanto subjetiva como política, legitimidade que se consubstancia na efetivação de tal pacto, tem sido satisfatório. Ocorre, no entanto, que ocorreu uma profunda transformação no Direito do século XX, causada pelas Constituições que deixaram de se restringir aos limites da estruturação do poder e das liberdades públicas, passando a abranger os direitos fundamentais em sentido amplo, ou seja, mediante a inclusão específica de disposições sobre os direitos sociais¹⁸⁰.

Daí ter-se apresentado a necessidade de compreensão das políticas públicas como uma categoria, ou seja, à medida em que se foram buscando formas de concretização dos direitos humanos, particularmente na esfera dos direitos sociais, concebidos no século XX, após os direitos humanos de primeira geração e a partir

¹⁷⁹ Ob. cit., p. 1. A autora, aliás, salienta que alguns “institutos e categorias jurídicas tradicionais, hoje despidos de seu sentido legitimador original, buscam novo sentido ou nova força restabelecendo contato com outras áreas do conhecimento, das quais vinha se apartando desde a caminhada positivista que se iniciou no século XIX. Ter-se firmado como campo autônomo, dotado de ‘objetividade’ e ‘cientificidade’ – desafios do positivismo jurídico -, é um objetivo até certo ponto realizado pelo Direito, o que permite a seus pesquisadores voltar os olhos às demandas sociais que fundamentam o construção das formas jurídicas”.

¹⁸⁰ Ob. cit., p.2. “Os direitos sociais – ressalta a autora – representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais”.

dos textos normativos representados pela Constituição do México, de 1917, e da Alemanha – Constituição de Weimar, de 1919 (no Brasil, surgiram eles com a Constituição de 1934). Os direitos sociais são “direitos-meio”, o que significa serem direitos cuja principal função é assegurar, a todas as pessoas, as condições de gozar os direitos individuais (humanos) de primeira geração. A autora exemplifica: um analfabeto não tem como exercer, plenamente, o direito à livre manifestação do pensamento, assim como um “sem-teto” não pode fruir do direito à intimidade. Essa a razão pela qual se positivaram, nos textos constitucionais e nas declarações internacionais de direitos humanos, os chamados direitos sociais, culturais e econômicos, como os que colimam garantir a todas as pessoas, na esteira dos exemplos acima, instrução e a moradia¹⁸¹.

Assim, paralelamente a essa evolução no reconhecimento dos direitos humanos, cuja positivação já abarca, até hoje, três gerações de direitos dessa natureza, percebe-se também a fruição de tais direitos exige garantias e medidas concretas do Estado. A disciplina do processo social, mediante tal aparato de garantias e medidas concretas, amplia-se cada vez mais, “criando modos de institucionalização das relações sociais que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana. Criticando os argumentos no sentido de que houve uma “inflação de direitos”, gerando aspirações sociais que dependem, para ser atendidas, da macroeconomia, da organização dos setores produtivos e da inserção do Estado na economia mundial, ou seja, de condições alheias ao Direito, e no sentido de que a multiplicação dos direitos sociais implicaria fator de perda de competitividade dos Estados, que teriam de criar e manter dispendiosas estruturas de serviços públicos, como os da saúde e da educação, o que, aliás, teria ensejado o declínio do Estado de bem-estar nos países europeus, Dallari Bucci aduz a seguinte observação:

¹⁸¹ Ob. cit., p. 3. Os direitos sociais, pois, são os direitos de segunda geração, que “englobam os direitos econômicos, sociais e culturais” e, cósioante a autora, “foram formulados para garantir, em sua plenitude, o gozo dos direitos de primeira geração. Da mesma forma, os direitos de terceira geração, tais como o direito ao meio ambiente equilibrado, à biodiversidade e o direito ao desenvolvimento, foram concebidos no curso de um processo indefinido de extensão e ampliação dos direitos originalmente postulados como individuais, também em relação aos cidadãos ainda não nascidos, envolvendo cada indivíduo na perspectiva temporal da humanidade, por isso intitulados ‘direitos transgeracionais’. O conteúdo jurídico da dignidade humana vai, dessa forma, se ampliando à medida que novos direitos vão sendo reconhecidos e agregados ao rol dos direitos fundamentais. Isso ao mesmo tempo em que se multiplicam as formas de opressão, tanto pelo Estado como pela economia”.

Deve-se, desde logo, relativizar a tradução dessa situação para os países periféricos na economia mundial, tendo em vista que neles não é o Estado social, mas a falta dele uma das responsáveis pela pequena competitividade. Hoje, quando o fator domínio tecnológico é um importante diferencial na concorrência entre empresas e Estados, a extensão do cumprimento do direito à educação (para citar apenas um) é uma das variáveis a definir a posição relativa de um Estado no cenário mundial, em termos de desenvolvimento¹⁸².

O processo de ampliação de direitos sociais, como forma de concretização da cidadania, impõe-se intensifique a intervenção do Estado nos domínios econômico e social, intervenção que se tornou realidade a partir do século XX, evidenciando a imprescindibilidade da presença do Estado, como partícipe ou indutor ou, ainda, regulador da atividade econômica, figurando a garantia dos direitos, evidentemente que pela mediação do Estado, como a outra face dessa realidade. O paradigma dos direitos sociais impõe prestações positivas por parte do Estado, o que corresponde, no aspecto da ordem jurídica, ao paradigma do Estado intervencionista. Assim, “o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na economia”, de sorte que “não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas”. A formação do Estado intervencionista é, pois, a mesma fonte histórica da alteração na ordem jurídica por essa nova conceituação, vinculada às políticas públicas econômicas. Remonta-se, assim, aos primeiros contratos de concessão de serviços públicos, no final do século XIX, época de que data, aliás, lembra Dallari Bucci, a primeira legislação antitruste, representada pelo *Sherman Act*, de 1890, constatando-se, de resto, um grande impulso ocorrido já no século seguinte, década de 1930, com o *New Deal* e políticas correlatas políticas, adotadas por outros países, coincidindo, no caso do Brasil, com o momento da industrialização. Após a segunda guerra mundial surge um novo constitucionalismo, originado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, caracterizado pela estruturação em regras e princípios, pelo reconhecimento de direitos, os sociais em

¹⁸² Ob. cit., p. 4. A autora continua: “Outros direitos sociais, como a saúde, a assistência social e hoje o direito ao meio ambiente, direito de terceira geração, são referenciais que permitem aferir a posição relativa de um país no cenário mundial, no que diz respeito ao desenvolvimento humano. Embora possa haver algum questionamento sobre o quesito competitividade entre os países que têm índices de desenvolvimento humano (IDH) elevados, é indubitável que o IDH baixo está associado a reduzida capacidade de competição e inserção na economia mundial”.

especial, e, principalmente, pela instituição de Tribunais Constitucionais. O primeiro Tribunal Constitucional foi o da Alemanha, instituído em 1950¹⁸³.

Dallari Bucci afirma ser de fácil apreensão o sentido político dos direitos sociais, mas sua configuração jurídica não o é. Reportando-se ao artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ela entende que a realização progressiva – prevista em tal dispositivo - do pleno exercício dos direitos reconhecidos nesse Pacto, “sugere direitos enfraquecidos, na medida em que apenas enunciados, sem condição assegurada de exercício”, uma vez que a introdução dos direitos sociais só tem utilidade prática, do ponto de vista normativo, se estiver associada a garantias equivalentes às que ensejaram aos direitos individuais transformar-se “em pilar e referencial político e jurídico dos Estados democráticos modernos”¹⁸⁴. Embora a realização dos direitos sociais, mesmo em se considerando o seu estatuto constitucional, dependa de ações do Estado, de programas submetidos a apreciações e decisões legislativas e políticas, seria equivocado reputar os direitos sociais como normas sem eficácia, porquanto as normas constitucionais “são ditames que devem (imperativamente) ser realizados”, até porque, caso o texto constitucional não tenha instituído as tarefas de realização, impende ao legislador infraconstitucional fazê-lo¹⁸⁵.

¹⁸³ Obra citada, páginas 5 e 6. A autora observa que um “aspecto notável desse novo constitucionalismo reside justamente em introduzir a dimensão do conflito na vida institucional cotidiana. Os conflitos sociais não são negados e mascarados sob o manto de uma liberdade individual idealizada. Ao contrário, ganham lugar privilegiado, nas arenas de socialização política, em especial o Poder Legislativo, mas também, de certa forma, o Poder Judiciário, os embates sociais por direitos”. A idéia da força normativa da Constituição, escreve em seguida Dallari Bucci, sintetiza, na ordem jurídica, essa nova visão, expressando “a valorização da efetividade das normas constitucionais, não mais expressões simbólicas do pacto político, mas prescrições com força vinculante sobre a conduta dos indivíduos e do Estado”. A autora arremata essas considerações sustentando que o “movimento de requalificação da presença do Estado nas décadas de 1980 e 1990, com as privatizações e o desenvolvimento da função de regulação, em lugar da prestação direta dos serviços públicos, não chega a alterar o paradigma das políticas públicas”.

¹⁸⁴ Obra citada, página 7. “O papel dos direitos fundamentais – prossegue a autora – evolui no sentido de garantir a liberdade em face das ameaças perpetradas não mais pelo Estado, mas pelos poderes não estatais (como o poder econômico interno, além das forças econômicas e políticas exteriores ao Estado). Evolui também para a ampliação do seu sentido, que agrega às liberdades fundamentais os direitos de participação ou de prestação” (página 8).

¹⁸⁵ Obra citada, página 9. Aludindo ao contexto brasileiro, a autora salienta que a Constituição Federal de 1988 absorveu duas cargas de direitos, os necessários à redemocratização do País e os concernentes às aspirações de superação da profunda desigualdade social que se foi estabelecendo ao longo da história nacional. “O desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço da sua população” (página 10).

Quanto à Constituição brasileira de 1988, considera a autora que, como se cuida de um texto recente e que encerra a centralidade da vida política, seria frustrante, politicamente, admitir a inexequibilidade dos direitos sociais, além do que, do ponto de vista jurídico, seria tornar inócuo o qualificativo que se atribui ao Estado no artigo 1º - Estado social de direito -, o que, aliás, não se conformaria à hermenêutica jurídica:

Partindo da conhecida máxima de interpretação de que a lei não contém palavras inúteis, não se pode tomar tal locução como sinônimo de “Estado de Direito”, omitindo a carga finalística do adjetivo “social” num Estado em que as tarefas sociais ainda estão por ser feitas¹⁸⁶.

Feitas essas considerações, Dallari Bucci propõe-se a perquirir a forma exterior, reconhecida pelo sistema jurídico, que uma política pública assume. As políticas públicas fundamentam-se em bases legais distintas, ou seja, podem assentar-se em disposições constitucionais, ou em disposições legais ou, ainda, em normas infralegais – decretos e portarias – e instrumentos jurídicos de outra natureza, como, ela exemplifica, os contratos de concessão de serviço público. Propõe-se também a enfatizar a diferença entre uma determinada política, como a política nacional de abastecimento, e uma política pública propriamente, que deve dispor sobre os meios de realização dos objetivos fixados e prescrever metas ou resultados, elementos específicos de um programa de ação governamental. De resto, ela ressalta que o estudo sistemático em busca de um conceito de política pública deve elidir a assertiva de que todo direito é permeado pela política, por levar à distinção entre os termos, em inglês, *politics* e *policy*, o primeiro alusivo à atividade política em sentido lato, ao passo que o segundo se adstringe aos programas governamentais propriamente ditos. O direito positivo brasileiro abarca muitas normas gerais ou “leis-quadro”, principalmente a partir da década de 1990, visando à instituição de políticas setoriais¹⁸⁷, estatuinto sobre os fins, objetivos, princípios,

¹⁸⁶ Obra citada, página 10. Assim completa ela, no particular, o seu pensamento: “Avançando a partir dessa discussão, o fato é que a Constituição brasileira enumerou um rol bastante generoso de liberdades e direitos, em especial os direitos sociais (arts. 6º e 7º), complementando esses últimos com as disposições pertinentes ao Título VIII, ‘Da ordem social’, em que se definem os modos ou estruturas básicos de concretização dos direitos sociais (arts. 193 a 232)”.

¹⁸⁷ Obra citada, página 11. A autora cita, à guisa de exemplo, a Política Nacional do Meio Ambiente, de que trata a Lei nº 6.938, de 31-8-1981, observando que o artigo 1º dessa lei estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, os fins e os mecanismos de formulação e aplicação de tal política, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente e enuncia outras providências, o artigo 2º versa sobre

diretrizes, instrumentos e sistema como dados estruturais do arcabouço jurídico de uma determinada política nacional, mas não sobre os meios, em especial os financeiros, e tampouco sobre os resultados ou metas a alcançar dentro de um cronograma definido. Essas normas gerais ou “leis-quadro” não contêm metas ou resultados, que são os traços definidores “da política pública por excelência”, ou seja, à luz do Direito as características de tais normas gerais ou “leis-quadro” fazem com que tenham a natureza de uma simples lei, pois, conquanto encerrem uma dimensão operativa particular, ao preverem órgãos ou sistemas de acompanhamento, o fato é que se consubstanciam num conjunto de disposições jurídicas gerais. O que define então, propriamente, uma política pública? Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci:

Isso ilustra porque a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito¹⁸⁸.

Na seqüência, a autora passa a tecer considerações sobre a situação das políticas públicas fundamentadas em normas constitucionais. Refere-se, em primeiro lugar, aos instrumentos orçamentários previstos no Título VI (“Da Tributação e Orçamento”), Capítulo II (“Das Finanças Públicas”), da Constituição Federal, anotando que tais instrumentos – o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária – “podem ser considerados as expressões jurídicas de políticas públicas, por excelência”, devido à própria natureza de cada um desses instrumentos e ao que já se dispunha no artigo 2º da Lei nº 4.320, de 17-3-

os objetivos dessa política, cujos princípios estão explicitados nos incisos desse dispositivo, o artigo 4º pormenoriza aqueles objetivos, o artigo 5º trata das diretrizes da política em referência, o artigo 6º organiza as entidades e órgãos do Poder Público nos diversos níveis da Federação, ao passo que o artigo 9º cuida dos instrumentos da mesma política. Outros exemplos que ela cita são a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433, de 8-1-1997), a Agência Nacional de Águas (Lei nº 9.984, de 17-7-2000), a Política Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16-7-1997), o Plano Nacional de Viação (Lei nº 5.917, de 10-9-1973) e o Programa Universidade para Todos (Lei nº 11.096, de 13-1-2005). Servindo-se desses exemplos, a autora frisa que, posto em tais normas gerais ou “leis-quadro” haja referência, além dos objetivos, diretrizes, instrumentos e sistemas, a planos, programas e projetos, como formas de realização da política correlata, falta-lhes o “traço definidor da política pública por excelência” e que é representado pelas metas ou resultados. Quanto à Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16-7-1997), observa que não é suporte de política, mas ressalva que ela atribui competência à Agência Nacional de Telecomunicações para implementar a política nacional de telecomunicações (páginas 11 a 14).

¹⁸⁸ Obra citada, página 14 (a autora grifou).

1964, alusiva à política econômico-financeira e ao programa de trabalho do Governo. Nada obstante, ela ressalva que, consoante o artigo 165, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, somente o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias “são tratados em termos propriamente políticos, isto é, referindo-se a objetivos, metas e prioridades da Administração Pública”¹⁸⁹.

Há, na Constituição Federal, outras referências a políticas, como nos títulos alusivos à ordem econômica e financeira (Título VII) e à ordem social (Título VIII). No Título VII se registra, segundo a autora, uma “diferenciação estrutural”, pois o capítulo I trata dos princípios gerais da atividade econômica, o capítulo II, da política urbana, o capítulo III, da política agrícola e fundiária, bem como da reforma agrária, e o capítulo IV, finalmente, do sistema financeiro nacional, ao passo que no Título VIII se depara uma ordenação de direitos, por matéria, como seguridade social, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, e outros tópicos. Importa aqui referir as considerações de Dallari Bucci relativas à política de saúde, devido à relação direta com o tema desta dissertação. Reporta-se ela, como neste trabalho também se fez, ao artigo 196 da Constituição Federal, enfatizando que as prestações estatais concernentes à saúde foram ordenadas no Sistema Único de Saúde (SUS), que constituiu uma solução inédita, por ser o aprimoramento dos modelos anteriores, abrangendo a “evolução das primeiras propostas técnicas” e a “mobilização política e social do movimento pela democratização da saúde”, de modo que está previsto nos artigos 198 a 200 do texto constitucional com a destinação de “alcançar o nível máximo de garantia proporcionado pelo sistema jurídico”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Obra citada, página 15. De acordo com Dallari Bucci explica-se, jurídica e politicamente, tal tratamento: a elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias, nas três esferas da Administração – federal, estadual e municipal -, é inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, pois a Lei nº 4.320, de 17-3-1964, não a previa. Por meio dessa inovação dá-se ensejo, ao Poder Legislativo, de participar de maneira atuante – estabelecendo as regras de orientação obrigatória para a elaboração do orçamento anual -, junto com o Poder Executivo, da definição do Plano de Trabalho do Governo, a ser posto em prática mediante a Lei Orçamentária Anual (página 16).

¹⁹⁰ Obra citada, páginas 16 e 17. A autora propõe uma questão: com isso não se estaria desnaturando o caráter de política pública, cuja característica distintiva consiste na consecução de objetivos sociais em tempo e quantidade previamente determinados? Ela pondera que o SUS “não é um programa que visa resultados, mas uma nova conformação, de tipo estrutural, para o sistema de saúde, cujo objetivo é a coordenação da atuação governamental nos diversos níveis federativos no Brasil (‘rede regionalizada e hierarquizada’, cf. art. 198 da CF), para a realização de três *diretrizes*: descentralização, atendimento integral prioritariamente preventivo e participação da comunidade” (páginas 17 e 18 – o grifo é da autora).

Em seguida, ela alude à Emenda Constitucional nº 29, de 13-9-2000, editada com vistas a assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. A autora ressalta que o artigo 7º dessa Emenda, embora seja medida discutível do ponto de vista da técnica constitucional, altera o Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, impondo obrigações à União, aos Estados e aos Municípios, delimitadas no tempo e relacionadas com o financiamento da saúde. Aí se depara efetivamente, segundo Dallari Bucci, uma política pública, porquanto se cuida de programa de que constam resultados definidos, a serem alcançados mediante o aumento de recursos vinculados à efetivação do direito à saúde, recursos esses prestados por aqueles entes federativos¹⁹¹.

Na seqüência do seu estudo, a autora faz distinção entre políticas de Estado e políticas de governo. A estas, que são os programas de ação governamental em sentido próprio, opõem-se aquelas. A política pública pode ser vista como uma ação estratégica, ou seja, ela absorve elementos de uma dada ação, necessária e possível num momento determinado e num conjunto institucional específico, projetando-os para o futuro mais próximo. Quando se tratar de políticas a serem implementadas ao longo de um amplo lapso temporal, décadas, por exemplo, se estará diante de políticas de Estado, ao passo que, em se cuidando de políticas que se concretizam como partes de um programa maior, o que se tem são políticas de governo. Observando não ser adequado adotar o “critério do suporte normativo das políticas”¹⁹², Dallari Bucci afirma haver, por outro lado, opiniões no sentido de se excluírem as políticas públicas da Constituição Federal, para que o texto constitucional não tenha elementos contingentes, que não exprimem os valores fundamentais de uma dada sociedade, mas, sim, meras correlações de forças mutáveis e acidentais.

Comentando tais opiniões, ela assevera, em primeiro lugar, que representam uma visão liberal, que toma por modelo os Estados Unidos da América, como país dotado de uma Constituição duradoura. Ela crítica tal visão liberal, dizendo que a Constituição estadunidense é completada pela jurisprudência constitucional da Suprema Corte, que se mostrou sempre apta a acomodar, sem a ab-rogação da Lei

¹⁹¹ Obra citada, página 18.

¹⁹² Segundo o qual as políticas instituídas pela Constituição seriam, inegavelmente, políticas de Estado, enquanto que as políticas instituídas pela legislação ordinária também o poderiam ser, mas as instituídas mediante atos infralegais seriam políticas de governo (página 18 e 19).

Fundamental, as graves inflexões sofridas pelo país ao longo de sua história republicana. Diz, também, que essas particularidades, que caracterizam a vida constitucional norte-americana, são únicas na história universal e por isso, estando presas às condições peculiares do seu surgimento na fase pré-industrial do século XVIII, não podem ser erigidas como modelo para as outras nações, tanto que nenhuma Constituição dos países desenvolvidos seguiu tal padrão, optando por outro, o do modelo analítico, a que também se amoldaram, aliás, as Constituições brasileiras de 1934, 1946 e 1988, e mesmo as outorgadas – a de 1937 e a Emenda Constitucional de 1969. Não há outros paradigmas de constituição sintética, frisa a autora. Nada obstante, em segundo lugar, ela assevera que, sob o aspecto da governabilidade, seria acertado excluir da Constituição Federal as políticas públicas, pois tal exclusão evitaria a limitação do espaço de ação de governos futuros. Essa limitação seria causada pela constitucionalização - para reforço de garantias de determinados mecanismos, propostos por um governo para a implementação de direitos -, de matérias não consideradas fundamentais pelo constituinte originário, ou seja, ter-se-ia um programa constitucionalizado que não só ocuparia o espaço próprio da política, mas também não seria formado, como de rigor, mediante composições de forças e entendimentos no enfrentamento de cada questão contingente que surgisse. Em terceiro lugar, a autora entende que a constitucionalização de matérias que, em dados momentos da vida nacional, são consideradas mais relevantes por determinados grupos, dá origem a um expediente político ambíguo e contraditório, realizando de um lado o ideal da Constituição como norma – norma fundamental do Estado, imbuída de caráter vinculante e não apenas de carga simbólica de compromisso político -, mas, de outro lado, banalizando o texto constitucional, com o que se esvaziaria o seu caráter de norma fundamental, pois disposições contingentes – não fundamentais – imporiam uma dinâmica de provisoriedade constitucional, de que resultaria, em especial, grande número de emendas constitucionais¹⁹³.

¹⁹³ Obra citada, páginas 19 e 20. Dallari Bucci pondera que não se pode desconsiderar o componente político e histórico inerente a toda experiência constitucional, mesmo porque não há Constituições em abstrato, sendo certo que cada Constituição expressa uma determinada composição social e política, refletindo as tensões que existem numa dada sociedade, bem como os meios concebidos para harmonizar os conflitos resultantes dessas tensões. E conclui: “De todo modo, tanto do ponto de vista estritamente normativo clássico como do ponto de vista das políticas públicas, as chamadas políticas de Estado com assento constitucional integram uma categoria *sui generis*, não subsumível facilmente a nenhum dos dois gêneros” (página 20 – o grifo é da autora).

Como chegar, expostas todas essas considerações, a um conceito jurídico de políticas públicas? Dallari Bucci começa por observar o desempenho do direito na conformação das instituições que “impulsionam, desenham e realizam as políticas públicas”, uma vez que, normalmente, as expressões da atuação governamental correspondem a formas definidas e disciplinadas por ele, sendo certo que, aliás, é no direito que se fundamenta o quadro institucional de uma política, ou seja, há uma comunicação entre o Poder Legislativo, o governo – como direção política – e a Administração Pública – como estrutura burocrática -, comunicação essa que se submete ao regramento jurídico próprio. A política e o direito confluem, portanto, num campo em que àquela cabe definir o modelo, considerar os interesses em questão, arbitrar conflitos, consoante a distribuição do poder, e instituir os prazos em função da proximidade dos resultados que se esperam, isto é, resultados possíveis ou necessários em curto prazo, ou num prazo médio ou, em circunstâncias mais complexas, longo. E ao direito, por sua vez, cabe dar expressão formal e vinculativa ao propósito político, transformando-o em leis, normas de execução e dispositivos fiscais de custeio, ou seja, ele molda o conjunto institucional em que a política irá realizar o seu plano de ação¹⁹⁴.

Embora alertando para o risco de que a interpenetração entre direito e política possa descaracterizar a lei em sua peculiaridade, por ser diversa a lógica das políticas como força motriz de programas para a realização de direitos, a autora disserta sobre a generalização negativa e sobre a generalização positiva, observando que ambas são inconvenientes. A generalização negativa não admite a associação entre direito e política. A positiva, inversamente, associa todo direito público a uma política pública. Dallari Bucci entende que se a generalização positiva fosse correta, seria desnecessário proceder a uma sistematização jurídica das políticas públicas, pois bastariam as categorias tradicionais da ciência do direito para explicar e disciplinar os fenômenos políticos, mesmo porque inexistiria uma nova figura jurídica. É proveitoso fazer uma abordagem articulada entre direito e política, pois assim será atualizado o direito público, superando-se visões formalistas que o distanciam do seu objeto, que é o Estado e a Administração. Inadequado seria, no

¹⁹⁴ Obra citada, página 37. A autora alude, nesse passo de suas reflexões, ao princípio da legalidade, salientando que a Administração não pode agir senão, exclusivamente, com habilitação legal: A realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem cada política pública”.

entanto, compactar as noções de política pública e direito público num todo indiviso, que não permitiria a explicação e a organização do conhecimento e da ação, seja no campo jurídico, seja no campo político. A elaboração de um conceito só se justifica, enfatiza a autora, se algo novo vier a ser acrescentado “à capacidade de compreensão dos fenômenos tratados pelo conhecimento estabelecido”. E ela propõe a seguinte conceituação:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados¹⁹⁵.

Essas reflexões doutrinárias foram trazidas à baila como introdução ao último tópico desta dissertação, tópico que se refere a uma política pública na área da saúde. Trata-se da política nacional de luta contra a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS, na sigla em inglês), causada pelo vírus HIV. Essa política, oficialmente denominada “Programa Nacional de DST e Aids”, iniciou-se na década de 1980, tendo obtido maior impulso nos governos de Fernando Henrique Cardoso (1994 a 2002) e atual, de Luiz Inácio Lula da Silva - que, também reeleito, cumpre o seu segundo mandato -, uma vez que, sob esses dois Presidentes, é que houve, devido à legislação internacional sobrevinda, empenho em se lançar mão da licença compulsória, que acabou por ser utilizada em 2003, como mais adiante se verá.

Como o tema deste trabalho é o direito à saúde, positivado na Constituição Federal em vigor, adotou-se como paradigma o programa em foco, que se fundamenta, precisamente, no reconhecimento do direito constitucional à saúde. Esse programa tem por escopo garantir a regulamentação e a aplicação da legislação apta a equacionar e propor a solução dos conflitos gerados pela

¹⁹⁵ Obra citada, páginas 37 e 38. No tocante ao vocábulo “programa”, que integra a proposição formulada por Dallari Bucci, algumas considerações são tecidas. A autora ressalta que a “utilidade do elemento *programa* é individualizar unidades de ação administrativa, relacionadas aos resultados que se pretende alcançar”. O programa encerra o conteúdo específico de uma política pública, de modo que a “definição prévia desse conteúdo se faz necessária não apenas quando se delineiam as alternativas, mas também quando se toma a decisão que redundará na implementação da política. Do mesmo modo, a fase de avaliação requer os contornos precisos dos resultados propostos na fase inicial”. Sintetizando, Dallari Bucci afirma que a “**dimensão material da política pública está contida no programa. É nele que se devem especificar os objetivos a atingir e os meios correspondentes. Os programas bem construídos devem apontar também os resultados pretendidos, indicando, ainda, quando possível, o intervalo de tempo em que isso deve ocorrer. Tais parâmetros são úteis na avaliação dos resultados da política pública, após a sua implementação**” (páginas 40, 42 e 43. O itálico é da autora. Negritou-se).

manifestação das DST (doenças sexualmente transmissíveis) e da epidemia do HIV¹⁹⁶. Devido à amplitude do programa, não será possível fazer aqui um estudo mais aprofundado de todos os seus aspectos, mesmo porque ele não é o tema desta dissertação, figurando apenas como um exemplo dos resultados advindos da positivação constitucional do direito à saúde. O que se tem em vista, pois, é apresentar uma visão geral do programa, particularmente no tocante ao recurso à licença compulsória. De resto, correndo-se embora o risco de críticas apontando para a dispersão, pareceu proveitoso discorrer sobre a atuação de dois dos poderes do Estado relativamente ao direito constitucional à saúde. O Poder Executivo, representado pelo Governo Federal e o programa acima mencionado, e o Poder Judiciário, representado especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, na maneira como hoje responde às postulações fundamentadas naquele direito, demonstrando uma evolução relativamente aos seus primeiros pronunciamentos.

A legislação pertinente às doenças sexualmente transmissíveis e à síndrome da imunodeficiência adquirida, em vigor no Brasil, foi em parte abordada neste trabalho, ao se enfatizar a vinculação do direito constitucionalmente positivado à saúde com os direitos da pessoa humana, em especial com o mais importante deles, o direito à vida. Viu-se que o Supremo Tribunal Federal assim tem entendido, assim como se verá que os esforços envidados pelo Governo Federal também se harmonizam com tal entendimento. Com efeito, a legislação consiste, principalmente, nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, ratificados pelo País (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Convenção Americana de Direitos Humanos), no Decreto nº 1.004, de 13-5-1996, que institui o Programa Nacional de Direitos Humanos, e nos diplomas que versam sobre a organização político-administrativa e assistência à saúde, assistência social, benefícios fiscais, normas éticas do Conselho Federal de Medicina e o aparato legal de cada Estado da Federação¹⁹⁷.

Cabe agora discorrer sobre o Programa Nacional instituído para o controle das doenças sexualmente transmissíveis, em especial a Aids, e o tratamento das

¹⁹⁶ É o que se lê no *site* do Ministério da Saúde, que tem o seguinte enunciado (<http://www.aids.gov.br/data/Pages/>).

¹⁹⁷ Consoante o mesmo *site* acima referido.

peças acometidas por essas enfermidades. O Programa Nacional foi criado em maio de 1985, por meio da Portaria nº 236. O Programa conta com a participação da sociedade civil desde 1986, quando se instituiu a Comissão Nacional de DST e Aids (CNAIDS). A primeira medicação apta a obstar a progressão da imunodeficiência foi representada pelo AZT (Zidovudina), em 1987, medicamento que em 1991 passou a ser produzido no Brasil e começou a ser distribuído pelo Sistema Único de Saúde. Em 1996, por força da Lei federal nº 9.313, desse mesmo ano, o acesso aos medicamentos anti-retrovirais, por meio do Sistema Único de Saúde, passou a ser assegurado a todas as pessoas portadoras da moléstia, além do que se adotou a terapia combinada – popularmente chamada “coquetel” -, que consiste na combinação desses medicamentos, por meio da qual se detém o avanço da doença e se evita o deterioramento do sistema imunológico. Em conseqüência, conseguiu-se fazer cair, acentuadamente, a mortalidade ocasionada pela Aids. A partir de 1997, em virtude da produção, no Brasil, de medicamentos anti-retrovirais, o custo dos remédios importados sofreu decréscimos de até 83%. Em 1998, com a edição da Lei federal nº 9.656, os planos médicos particulares passaram a cobrir, obrigatoriamente, as despesas hospitalares motivadas pelo tratamento das pessoas portadoras da Aids. Devido à ocorrência de casos de pacientes em que a terapia combinada não surtiu efeito, o Governo Federal introduziu e investiu em novos medicamentos, enfrentado as dificuldades resultantes do patenteamento e do alto custo (em 2003 foram investidos R\$ 551.000.000,00 na compra de anti-retrovirais e em 2006, R\$ 960.000.000,00). Como o Governo Federal tem-se valido dos medicamentos genéricos, produzidos no País, dos dezessete medicamento hoje distribuídos pelo Sistema Único de Saúde, oito já são produzidos no Brasil. Em agosto de 2001 o então Ministro da Saúde, hoje governador do Estado de São Paulo, José Serra, valeu-se da possibilidade de recorrer ao licenciamento compulsório, solicitando a licença para o caso de um medicamento (Nelfinavir) patenteado pela empresa multinacional *Roche*, após nove meses de negociação. Tão logo, porém, anunciado o pedido de licenciamento compulsório, a empresa assentiu em reduzir o preço em 40%. Em dezembro de 2003 Humberto Costa, à frente da Pasta da Saúde, acenou com a possibilidade de produzir o Nelfinavir no País, lançando mão, se necessário, da licença compulsória. Mas, acabou não sendo necessário, porquanto já no mês seguinte o Ministério obteve a redução do preço, à base de 37%, de cinco medicamentos (Nelfinavir, Lopinavir, Efavirenz, Tenofovir e

Atazanavir). O mesmo veio a ocorrer com o anti-retroviral Kaletra (Lopinavir mais Ritonavir), patenteado pela empresa multinacional *Abbott*. O Governo Federal obteve, em julho de 2005, garantia de redução no preço por seis anos, além do acesso à nova fórmula do Kaletra e transferência de tecnologia da fórmula antiga (Lopinavir mais Ritonavir)¹⁹⁸.

Vê-se, pois, que Governo Federal tem procurado cumprir - ainda que deixando a desejar, como se verá no tópico seguinte, que se reporta à a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal e seus reflexos nas Cortes estaduais - a responsabilidade que lhe cabe no sentido de tornar efetivo o exercício do direito constitucional à saúde.

Merece destaque, por ter relação com o tema desta dissertação, o recurso ao licenciamento compulsório, como ocorrido em relação ao remédio chamado “Efavirenz”, anti-retroviral fabricado pela empresa transnacional *Merck Sharps & Dohme* e de que dependem 75 mil portadores da Aids, pacientes da rede pública brasileira¹⁹⁹.

Tal licenciamento compulsório foi determinado só depois de malogradas as negociações para a redução do preço do comprimido, empreendidas pelo governo desde 2006 e que não chegaram a bom termo porque a redução proposta pela empresa ficara aquém das expectativas governamentais.

Afigurou-se necessário, portanto, o licenciamento compulsório, tendo o governo enfatizado que por meio desse recurso, previsto no acordo *TRIPs* e celebrado sob os auspícios da Organização Mundial do Comércio, está sendo priorizada a saúde, em detrimento dos interesses comerciais – que, embora legítimos, não podem refugir a restrições determinadas por interesses de maior envergadura, sem cunho pecuniário, antes afetos à saúde e à vida de inúmeros seres humanos - , garantindo-se, no particular, a manutenção do programa de combate à Aids ainda a longo prazo.

¹⁹⁸ Dados obtidos por meio dos *sites*: www.aids.gov.br e www.servidorpublico.net. Também: DOMINGUES, Renato Valladares. Obra citada na nota de rodapé n° 168, páginas 98 e 99.

¹⁹⁹ Jornal “Folha de São Paulo”, 13-09-2007 (Folhaonline – www.folha.com.br).

Atuações como essas, no âmbito de uma política de governo área crucial da saúde, implicando exaustiva negociação e, no limite, a utilização da licença compulsória, direito positivado em acordo internacional, vão ao encontro do que dita a Constituição Federal no tocante ao direito à saúde e ao soneamento, dentro dos limites jurídicos, do poder econômico.

A Constituição Federal de 1988 enseja a que se desenvolva uma política adequada, coerente e estável de desenvolvimento, dentro da qual a saúde pública ocupa a mais importante das posições, porquanto ligada à vida, como ao longo desta dissertação tem-se insistido. Afiguram-se, pois, pertinentes estas palavras de Gilberto Bercovici:

A tentativa de elaborar uma política nacional de desenvolvimento exige uma presença ativa e coordenadora do Estado nacional, portanto, desapareceu das considerações governamentais com o neoliberalismo. A opção do Brasil não é se integrar na globalização ou se isolar de modo autárquico. A questão fundamental é se a integração dar-se-á a partir dos objetivos nacionais ou não. Diante dos desafios e ameaças trazidos pela globalização, precisamos de um projeto para o Brasil que sirva de substrato material para o desenvolvimento social, político e econômico. Um projeto nacional de desenvolvimento que, no nosso entender, tem seus fundamentos previstos na Constituição de 1988²⁰⁰.

Não há pensar, quer-se crer, em desenvolvimento social, político e econômico se o mais elementar dos direitos humanos, sustentáculo da própria dignidade da pessoa humana – o direito à saúde, que em muitas situações identifica-se com o direito à vida -, não obtiver, por parte do Poder Público e da sociedade, a indispensável consideração que merece.

²⁰⁰ *Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do Estado*. Capítulo (páginas 143 a 161) do livro *Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, obra da lavra de vários autores, elaborada sob a organização de Maria Paula Dallari Bucci, Editora Saraiva, 2006. O trecho citado está na página 161. Bercovici, aliás, citando Peter Häberle, aduz que a “Constituição é a expressão também de certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação própria de todo um povo, espelho de sua cultura e fundamento de suas esperanças” (*ibidem*).

Por isso, lembrando que a saúde pública é matéria constitucional²⁰¹ e que o Sistema Único de Saúde, sob certo ângulo, pode-se apresentar como política pública de saúde²⁰², cabe aqui anotar a ponderação de Clarice Seixas Duarte:

Assim, no contexto das Constituições do Estado Social, que incorporaram em seu catálogo um extenso rol de direitos sociais, o grande desafio é conter os abusos causados pela inércia estatal no cumprimento do dever de realizar prestações positivas. Estas prestações nada mais são do que as políticas públicas objeto dos direitos sociais reconhecidos constitucionalmente²⁰³.

A autora relembra que o controle da atuação do Estado não mais se restringe à exigência de uma conduta negativa e de respeito aos parâmetros legalmente estabelecidos, como, por exemplo, não invadir a esfera de liberdade do indivíduo, salvo quando a lei o autorizar, mas abarca “o cumprimento dos objetivos e programas de ação governamentais constitucionalmente delineados (como os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, dentre outros previstos no art. 6º da CF/88)”²⁰⁴.

6.3. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS REFLEXOS NOS TRIBUNAIS DOS ESTADOS

²⁰¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública*. Outro capítulo (páginas 247 a 266) a integrar o livro *Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico* (veja-se a nota de rodapé acima). A autora afirma: “Para concluir, é necessário reafirmar que saúde pública é essencialmente matéria constitucional desde a criação do Estado Constitucional, na segunda metade do século XVIII. Verificou-se que configura o conceito de saúde pública um núcleo mínimo de funções e atividades que corresponde historicamente a direitos fundamentais do povo. Assim, ao cuidar da estrutura básica do Estado ou dos limites para a atividade dos governos, a Constituição estará, necessariamente, definindo funções e atividades que compõem o núcleo do conceito de saúde pública, também historicamente construído” (página 261 e 262).

²⁰² DALLARI, Sueli Gandolfi, no mesmo estudo referido na nota de rodapé anterior. Ela escreve: “Desse modo, assumindo-se a definição de políticas públicas como ‘programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados’, não há dúvida de que o Sistema Único de Saúde configura uma política pública de saúde, que tem sua primeira formulação na própria Constituição” (página 263).

²⁰³ *Direito público subjetivo e políticas educacionais*. Mais um capítulo (páginas 267 a 278) que compõe o livro *Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico* (veja-se a nota de rodapé nº 200). O trecho transcrito está nas páginas 269 e 270.

²⁰⁴ *Ibidem*. Clarice Seixas Duarte completa: “O importante é notar que, nestes casos, o que se busca não é mais uma abstenção, mas a realização de direitos por meio da implementação de sistemas públicos adequados de saúde, educação, assistência social etc.”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se, nos últimos anos, orientado no sentido de reconhecer o direito constitucional à saúde, designado como direito público subjetivo e que representa, nos termos do artigo 196, uma prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas²⁰⁵.

De acordo com o aresto aqui considerado como paradigma, a saúde é bem jurídico constitucionalmente tutelado, devendo o Poder Público velar por esse bem de maneira responsável, mediante a formulação e implementação de políticas sociais e econômicas aptas a garantir a todos os cidadãos e cidadãs, portadores do vírus HIV inclusive, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Ressalta-se, ademais, que o direito fundamental à saúde, assim atribuído a todas as pessoas, consiste em mera consequência constitucional indissociável do direito à vida, de modo que à saúde da população deve estar sempre atenta a atuação governamental, sob pena de, em se omitindo, incorrer em grave comportamento inconstitucional.

Posto tenha a norma do artigo 196 da Constituição Federal caráter programático, não pode o Estado brasileiro relegá-la a promessa constitucional inconseqüente.

Efetiva-se, assim, o reconhecimento judicial da validade jurídica dos programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, com o que se confere efetividade a preceitos fundamentais da Constituição Federal, como os artigos 5º, caput, e 196, e se presta “um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade”.

Cabe, por conseguinte, analisar os critérios apresentados nas demandas judiciais que acabaram por provocar o Supremo Tribunal Federal e levá-lo à orientação jurisprudencial em referência.

²⁰⁵ Conforme acórdão proferido em agravo regimental nos autos do recurso extraordinário nº 271.286-8, julgado em 12-09-2000 e de que foi relator o Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça, edição de 24-11-2000, ementário nº 2013-7. Pesquisa feita por meio da Internet, no site <http://www.stf.gov.br/legislação/constituição/pesquisa/artigoBd.asp>. Esse acórdão também pode ser lido, na íntegra, na Revista dos Tribunais, volume 786, pp. 210 a 216.

Ao órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro são relevantes os seguintes critérios: a) tratar-se de uma demanda individual ou coletiva; b) comprovação científica da qualidade e segurança do medicamento postulado; c) impossibilidade de tratamento alternativo; d) a condição de hipossuficiência do postulante.

Para demonstrar com mais clareza as afirmações acima, extraídas do acórdão em exame, abordam-se a seguir os principais tópicos do voto do Ministro Celso de Mello, que nesse julgamento atuou como relator. Reportando-se ao artigo 196 da Constituição Federal, ele assevera que tal dispositivo encerra um dever político-constitucional, que consiste na obrigação de se assegurar a todos o direito de proteção à saúde. O cumprimento desse dever vincula-se a um imperativo de solidariedade social, de modo que se impõe ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue na organização federativa. E é impostergável o cumprimento desse dever, mesmo porque, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou, em prejuízo dessa prerrogativa fundamental, proteger um interesse financeiro e secundário do Estado, razões de ordem ética e jurídica impõem ao Poder Judiciário uma única opção, qual seja, privilegiar o respeito indeclinável à vida e à saúde da pessoa humana, principalmente em relação às pessoas carentes de recursos materiais e que, por isso mesmo, têm acesso aos programas de distribuição gratuita de medicamentos. O direito à vida e à saúde é um direito subjetivo inalienável, reconhecido em favor de todos os cidadãos e cidadãs pelos artigos 5º, caput, e 196 da Constituição Federal. Assim, os programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, aos portadores do HIV e da AIDS inclusive, dão efetividade a esses preceitos fundamentais da Constituição²⁰⁶.

²⁰⁶ Devido à relevância da fundamentação apresentada, nesse particular, no acórdão em estudo, é proveitoso transcrever na íntegra os dois seguintes parágrafos: “Na realidade, o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de **distribuição gratuita** de medicamentos a pessoas carentes, **inclusive** àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, **deu efetividade** a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, **caput**, e 196), **representando**, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, **especialmente daquelas que nada têm e nada possuem**, a não ser a **consciência** de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Cumpre **não perder** de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica **indisponível** assegurada à **generalidade** das pessoas pela **própria** Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade **deve** velar, **de maneira responsável**, o Poder Público, **a quem incumbe** formular – e **implementar** – políticas sociais e econômicas **idôneas** que visem a **garantir**, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar” (está negrito no original).

Não importa, continua o Ministro, se atribua à norma inscrita no citado artigo 196 caráter programático. O que importa é que essa norma se destina a todos os entes políticos que integram, no plano institucional, a organização federativa brasileira e não pode reduzir-se a mera promessa constitucional. Se o Poder Público pretender que tal norma não passe de promessa inconstitucional, estará ele fraudando as expectativas da coletividade, ao tomar, ilegitimamente, uma atitude irresponsável de infidelidade governamental, em vez de cumprir o “impostergável” dever que a Constituição lhe atribuiu. O Poder Público tem, por conseguinte, a indeclinável obrigação de efetivar as prestações de saúde, tomando em favor das pessoas e comunidades todas as medidas preventivas e de recuperação que, assentadas em políticas públicas idôneas, viabilizem e concretizem o disposto naquele mandamento constitucional que é o artigo 196. Nas palavras do próprio Ministro:

O **sentido** de fundamentalidade do **direito à saúde** – que **representa**, no contexto da **evolução histórica** dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – **impõe** ao Poder Público um **dever de prestação positiva** que **somente** se terá por cumprido, **pelos instâncias governamentais**, quando estas **adotarem** providências destinadas a promover, em plenitude, a **satisfação efetiva** da determinação **ordenada** pelo texto constitucional.

A Constituição Federal em vigor, portanto, positivou direitos sociais, o que, no entender do Ministro, apoiado na doutrina de José Afonso da Silva, por ele citada e extraída do livro “Poder Constituinte e Poder Popular”, implicou a superação de uma etapa no processo de afirmação desses direitos e a configuração de um pressuposto necessário à respectiva eficácia jurídica. Em consequência, a Constituição fez recair sobre o Estado uma indeclinável obrigação institucional, de conferir efetividade àquelas prerrogativas básicas – inviolabilidade do direito à vida e à saúde -, não bastando, pois, o simples reconhecimento formal do direito, mas antes se impõe seja tal direito respeitado e garantido. Assim, se aquela obrigação estatal não for cumprida, as pessoas afetadas pela injustificável omissão do Estado têm “acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição”, ou seja, devido à essencialidade do direito à saúde as ações e

serviços dessa natureza são qualificados, no artigo 197 do texto constitucional, como prestações de relevância pública, de modo que o Ministério Público e o Poder Judiciário têm legitimidade para atuar contra a omissão estatal ou “comportamento governamental desviante”, fazendo prevalecer o direito público subjetivo à saúde, como prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pelo referido artigo 196.

O voto do Ministro Celso de Mello foi acompanhado por todos os demais integrantes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal²⁰⁷.

O Ministro Celso de Mello proferiu outro voto, com a mesma orientação, no dia 12 de dezembro de 2006, o que permite concluir que o Supremo Tribunal Federal tem sustentado sua posição, o que vem ao encontro do argumento central desta dissertação, que vê no direito de todos à saúde um típico direito da pessoa humana e intimamente adstrito – sem possibilidade de separação - ao direito à vida e ao reconhecimento da dignidade humana, ambos esses valores morais e jurídicos positivados na Constituição Federal em vigor²⁰⁸.

Desta feita se cuida de um caso de pacientes que, sem dispor de dinheiro para custear os tratamentos de que carecem, são portadores de esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio. O objeto de sua postulação judicial era, com base no direito à vida e à saúde, obter gratuitamente os medicamentos que lhes haviam sido prescritos. Aqui também o Ministro Celso de Mello atuou como relator, adotando integralmente todos os fundamentos que lastrearam sua decisão no atrás comentado agravo regimental

²⁰⁷ O Ministro Marco Aurélio declarou o seu voto. Dois dos fundamentos por ele aduzidos devem ser aqui registrados, o primeiro por aludir à eficácia imediata do preceito, o segundo por ressaltar a dignidade da pessoa humana. Veja-se: “Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata – ele está se referindo ao artigo 196 – considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS). (...) Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem” (sublinhou-se). É o que se tem procurado demonstrar neste trabalho, o direito universal à saúde como um direito humano, inseparável do direito à vida e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

²⁰⁸ Trata-se do voto proferido no agravo regimental interposto no recurso extraordinário nº 393.175-0, oriundo também do Rio Grande do Sul. Diário da Justiça, edição de 2-2-2007, ementário nº 2262-8.

interposto no recurso extraordinário nº 271-286-8. O voto e a decisão revestem-se de idêntico teor, logrando também nesse julgado votação unânime.

Para exemplificar a uniforme e iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal citam-se mais alguns acórdãos, todos, aliás, proferidos em recursos extraordinários provenientes do Rio Grande do Sul, a saber: recurso extraordinário nº 242.859-3, julgado em 29-6-1999, relator o Ministro Ilmar Galvão, votação unânime (Diário da Justiça, edição de 17-9-1999, ementário nº 1963-8); recurso extraordinário nº 195.192-3, julgado em 22-2-2000, relator o Ministro Marco Aurélio, votação unânime (Diário da Justiça, edição de 31-3-2000, ementário nº 1985-2); agravo regimental no recurso extraordinário nº 255.627-1, julgado em 21-11-2000, relator o Ministro Nelson Jobim, votação unânime (Diário da Justiça, edição de 23-2-2001, ementário nº 2020-3); agravo em recurso extraordinário nº 268.479-1, julgado em 25-9-2001, relator o Ministro Sydney Sanches, votação unânime (Diário da Justiça, edição de 1º-2-2002, ementário nº 2055-4); recurso extraordinário nº 256.327-7, julgado em 25.6.2002, relator o Ministro Moreira Alves, votação unânime (Diário da Justiça, edição de 13-9-2002, ementário nº 2082-3).

A fundamentação desses acórdãos segue fielmente a linha do voto do Ministro Celso de Mello, de sorte que seria ocioso fazer aqui mais algumas transcrições ou resumos. Mas, no que tange ao recurso extraordinário nº 242.859-3, o Ministro Ilmar Galvão transcreve trecho do acórdão recorrido, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e que, reforçando o embasamento constitucional, doutrinário e jurisprudencial que sustenta esta dissertação, deve ser aqui comentado. No aresto estadual se refere tratar-se de uma pessoa portadora da AIDS – Síndrome da Imunodeficiência adquirida – e a quem faltava poder aquisitivo para comprar os caros remédios de que carecia. O Tribunal do Estado reconheceu o direito dessa pessoa à percepção gratuita dos medicamentos, fundamentando a decisão no direito constitucional à vida²⁰⁹.

²⁰⁹ Confira-se com o original: “No caso, de resto, a autoria comprovou padecer da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, causada pelo vírus HIV, o que, é sabido, reduz substancialmente sua resistência, levando-a à morte. Igualmente comprovou não poder prover as despesas com o medicamento necessário, ou seja, Inivirase (também conhecido como Saquinavir) 2000 mg, porque caro e porque se privaria dos recursos necessários ao próprio sustento. Tudo conforme documentação acostada à inicial. Então, diversamente do entendido pelo recorrente, a autora faz jus ao direito pleiteado, relativo à saúde, já que tem, por base, o maior dos direitos fundamentais,

Encontra-se outro importante acórdão assentado no direito constitucional positivo à vida e à saúde no Tribunal Regional Federal da 2ª Região²¹⁰. O caso contempla outro paciente portador do HIV, a necessitar do fornecimento regular e ininterrupto dos medicamentos indispensáveis à preservação de sua vida, pois tais medicamentos suprem as deficiências imunológicas do seu organismo. O Tribunal apóia-se no direito à vida e à saúde, lembrando de sua garantia positivada no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, de modo que os entes públicos têm o dever de cuidar da saúde pública, como a Constituição também prescreve, nos artigos 23, inciso II, e 196. Fazendo remissão à Lei federal nº 9.313, de 1996, o Tribunal observa que o atendimento médico e farmacológico aos portadores do HIV deve ser imediato e regular, por meio do Sistema Único de Saúde e recursos da União²¹¹.

Infere-se, pois, que nesses quase vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988 tem-se sedimentado, na esfera do Poder Judiciário, o entendimento de que o direito à vida da pessoa humana, e o seu consectário imediato, o direito à saúde, ambos positivados no texto constitucional, não podem submeter-se a nenhuma restrição. O Tribunal de Justiça de São Paulo, aliás, já assentou o seguinte entendimento, na esteira do qual inúmeras outras decisões têm-se seguido no âmbito do Estado:

Com efeito, alegar a pobreza da parte para que lhe seja negado direito fundamental não é razoável.

Há ainda a questão constituinte do direito à vida, uma garantia fundamental amparada e expressamente pelo art. 5º *caput*, da CF.

previsto no art. 5º da Constituição Federal que é o direito à vida, sem o qual, por razões óbvias, os demais direitos se tornam de nenhum valor. Cuida-se, ademais, de um inegável direito subjetivo, como destaca José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 277, Malheiros Editores, 1993)”.
²¹⁰ Prolatado em 16-4-2002 nos autos de apelação nº 2000.02.01.012033-2, do Rio de Janeiro, relator o Desembargador Federal Valmir Peçanha, votação unânime. O aresto pode ser lido, na íntegra, na Revista dos Tribunais, volume 807, pp. 418 a 420.

²¹¹ A conclusão do acórdão está exarada nestes termos: “Desta forma, justifica-se plenamente o atendimento ao pedido do autor, conforme pleiteado na inicial, sendo a hipótese de prestação continuada, indeterminada no tempo e sujeita a alterações, pois os médicos que assistem o autor de tempos em tempos vêm alterar a prescrição ao paciente de medicamento(s) mais moderno(s), fazendo sua substituição em relação àquele inicialmente em uso; logo, apenas exemplificativamente, constante expressamente do pedido. Basta que cada alteração seja acompanhada de prescrição médica firmada pelo(s) clínico(s) que assistem o enfermo”.

Alegar que o exame de genotipagem não é realizado pelos laboratórios da rede pública e que não há como disponibilizar dinheiro para realizá-lo consiste em negar o direito à saúde, à vida.

No caso concreto, ainda são aplicáveis os arts. 196 e 203, IV, ambos da CF²¹².

A positivação, pois, do direito universal à saúde, como corolário do direito fundamental à vida e da dignidade da pessoa humana tem ensejado a disseminação, por todo o território nacional, dos entendimentos aqui coligidos, sem discrepância. Nega que esse efeito uniforme e iterativo seja decorrência da positivação constitucional do direito à saúde e insistir em críticas a uma suposta prolixidade da Constituição Federal implicaria, forçoso reconhecer, fechar os olhos à realidade e ignorar o número de vidas que tem sido possível salvar, assim como o bem-estar de que inúmeras pessoas têm podido desfrutar graças ao acesso ao tratamento e à assistência médica, mesmo sem dispor de dinheiro para custear tais benefícios. É também fechar os olhos a todo aquele amplo espectro de benefícios gerais que a própria sociedade, como um todo, tem recebido, como se salientado no documento da Organização Mundial da Saúde que se estudará no capítulo seguinte.

Dada a relevância da matéria, e o cunho humanitário que fundamenta as postulações judiciais e tem ensejado o teor, acima salientado, das decisões jurisprudenciais, não é demais trazer à colação outro caso concreto, apto a mostrar com o entendimento defendido nesta dissertação tem-se espalhado pelo território nacional.

O Tribunal de Justiça do Paraná acompanha o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, como se lê na seguinte ementa:

É dever do Estado e direito fundamental do cidadão necessitado o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), de medicamento indispensável à sobrevivência deste (CF/88, art. 196), ainda que não padronizado pela Política Estadual de Assistência Farmacêutica, podendo a

²¹² Acórdão proferido em 6-3-2002, nos autos de agravo de instrumento nº 251.801-5/0-00, relator o Desembargador Antonio Rulli, votação unânime. A Revista dos Tribunais, volume 806, pp. 182 a 185, traz o texto integral do julgado.

Administração, em situações excepcionais e de emergência, valer-se da transferência de recursos (Lei 8.080/90, art. 36, § 2º)²¹³.

O acórdão a que essa ementa se refere é interessante por abranger também a questão de medicamentos não padronizados. O Tribunal paranaense começa por admitir o avanço social que o atual sistema constitucional e a Lei federal nº 8.080, de 19-9-1990 – por meio da qual se instituiu o Sistema Único de Saúde – representam para a saúde das pessoas, ao possibilitar a descentralização e o atendimento do serviço de saúde com a participação da comunidade. Nada obstante, reconhece que a Administração está adstrita aos limites da legislação, de modo que é preciso se ater ao que a lei permite e ao que ela não autoriza. O caso que ensejou a prolação desse acórdão tinha por objeto, na época da postulação judicial, o fornecimento de medicamentos não padronizados. A respeito de tal pormenor o Tribunal observou que, embora o artigo 196 da Constituição Federal prescreva que a saúde é direito de todo cidadão e dever do Estado, os medicamentos e a assistência à saúde devem ser providenciados na forma da lei, mesmo porque custeados com recursos públicos e está a Administração sujeita aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, razão pela qual o fornecimento de remédios deve ser efetuado com observância da existência de recursos orçamentários para o seu financiamento e do prévio planejamento integrado ao Sistema Único de Saúde, como determina o artigo 36 da citada Lei nº 8.080/90. Mas, e quando se cuidar de uma situação de emergência e excepcional? Nesse caso, nos termos da postulação judicial que foi formulada, entendeu o Tribunal que, devido ao quadro patológico da saúde do paciente, nada poderia impedir o fornecimento dos remédios, mesmo que não padronizados, haja vista ao disposto no § 2º do acima mencionado artigo 36. O fundamento da decisão, tal como exarado no aresto, é o seguinte: tratando-se de pessoa gravemente enferma, sem recursos para comprar os medicamentos de que carece e submetendo-se a tratamento no âmbito do Sistema Único de Saúde, assiste a tal paciente o direito certo e líquido de receber do Estado a assistência à saúde, nela incluída o fornecimento dos remédios necessários ao seu tratamento.

²¹³ Acórdão proferido em 21-9-2000 nos autos de mandado de segurança nº 84.819-9, relator o Desembargador Cordeiro Cleve. A íntegra da decisão pode ser lida na Revista dos Tribunais, volume 788, pp. 368 a 370.

Negar-se o Estado a efetuar o fornecimento dos remédios, em casos como esse, implica violação a direito constitucional.

Esses exemplos aqui colacionados dão conta de quanto evoluiu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para hoje reconhecer, e impor ao Estado as obrigações correlatas, que o direito à saúde está positivado na Constituição Federal, ali se atribuindo o valor de direito fundamental, indissociável da dignidade da pessoa humana e do próprio direito humano básico, o direito à vida. O seu cumprimento, por conseguinte, deve ser imediato, não admitindo postergação em virtude de questões orçamentárias ou de regulamentação por meio de atos normativos infraconstitucionais. Ao artigo 196 da Constituição o Supremo Tribunal Federal atribui o predicado de norma de eficácia plena e imediata.

7 O POSICIONAMENTO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE

O posicionamento da Organização Mundial da Saúde (OMS) é claro e consiste em, prioritariamente, avaliar outros mecanismos que possam substituir o sistema de patentes, tais como impugnações, fundo de pesquisa com participação pública e acordos de compra antecipada, a fim de incentivar o desenvolvimento de remédios para enfermidades que assolam países em desenvolvimento, assim como apoiar os países membros na implementação desses mecanismos²¹⁴.

A Organização Mundial da Saúde dispõe de uma Constituição, que prescreve ser um dos direitos fundamentais do ser humano poder desfrutar do mais alto padrão de saúde²¹⁵. Todos os países do mundo estão atualmente vinculados a pelo menos um tratado de direitos humanos que abrange direitos relacionados à saúde, o que inclui o direito à saúde propriamente e direitos alusivos às condições necessárias à manutenção da saúde.

Daí a instituição de uma Equipe de Saúde e Direitos Humanos²¹⁶ com as atribuições de fortalecer a capacidade da Organização Mundial da Saúde e dos países-membros no sentido de promover a vinculação da saúde à esfera dos direitos humanos, inserir o direito à saúde no âmbito do Direito Internacional e dos programas internacionais de desenvolvimento e promover os direitos humanos relacionados à saúde.

Nesse sentido tem a Organização Mundial da Saúde envidado esforços para incrementar uma maior coerência política entre o comércio e a política de saúde, a fim de que o comércio internacional e as regras comerciais ensejem na maior amplitude possível a concessão de benefícios e a redução de riscos à saúde, principalmente em relação às populações mais carentes e vulneráveis.

²¹⁴ Vale transcrever o original, dada a relevância da matéria: "WHO (World Health Organization), as a matter of priority, should evaluate mechanisms other than the patent system, such as contests, public-interest research funding and advance purchase agreements, to encourage the development of drugs for diseases that disproportionately affect developing countries (such mechanisms received only a few paragraphs in the CIPIH report), and assist member countries to implement such mechanisms".

²¹⁵ Veja-se o site <http://www.who.int/hht/en/>: "WHO Constitution: 'the enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being...'"

²¹⁶ "Health and Human Rights Team", como se lê no mesmo site.

A Organização Mundial da Saúde conta com um Departamento de Ética, Comércio, Direitos Humanos e Direito à Saúde²¹⁷, instituído em julho de 2003 e dividido em quatro áreas de especialização, distintas entre si, mas relacionadas uma com a outra, a saber: a) Ética e Saúde; b) Globalização, Comércio e Saúde; c) Saúde e Direitos Humanos; d) Direito à Saúde. Esse departamento tem por finalidade garantir que os princípios da dignidade, justiça e segurança na saúde sejam incorporados aos programas e políticas da Organização Mundial da Saúde, bem como implementar uma efetiva ação baseada nesses princípios, tanto globalmente como em cada país. O trabalho realizado por ele realizado em cooperação com unidades técnicas da Organização Mundial da Saúde e com organizações internacionais estende-se desde as atividades que remontam à fundação da Organização até as ações contra os atuais desafios enfrentados pelos Estados-membros, sem perder de vista que o acelerado desenvolvimento de tecnologias da saúde, a integração econômica global, em contínua e crescente intensificação, e o progressivo reconhecimento de direitos humanos afetos à saúde apresentam novos desafios e novas oportunidades para a Organização, em seus esforços no sentido de assegurar o mais elevado nível de saúde possível a todos.

A área de especialização designada pelo título de “Ética e Saúde” visa a auxiliar as pessoas, dentro e fora do âmbito da Organização Mundial da Saúde, mediante pesquisas sobre bioética, incluindo os aspectos éticos da prestação e planejamento dos cuidados para com a saúde, assim como a ética da assistência médica, pesquisa e biotecnologia²¹⁸.

Parece ser interessante, nesta parte do presente trabalho, fazer remissão a um documento da Organização Mundial da Saúde, na esfera da ética e do direito universal à saúde, e deter-se um pouco sobre os seus principais tópicos, mesmo

²¹⁷ “*Department of Ethics, Trade, Human Rights and Health Law*”, designado pela sigla “ETH”, conforme o citado *site*.

²¹⁸ Atualmente o trabalho relacionado com a ética e a saúde é desenvolvido pelo Departamento de Ética, Comércio, Direitos Humanos e Direito à Saúde no âmbito do Desenvolvimento Sustentável e de Meios Ambientais Saudáveis, mediante agrupamentos em centros de atividade. Lê-se no *site*: “Work in ethics and health is now carried out by the Department of Ethics, Trade, Human Rights and Health Law in the Sustainable Development and Healthy Environments cluster at headquarters (SDE/ETH). This department is involved in a wide range of ethics activities, both on its own initiative and in response to the needs of other parts of WHO, in Geneva as well as WHO’s country and regional offices. The specific projects, many of which link different departments and involve experts from outside the organization, evolve in response to changes in the field; special attention is paid to issues that overlap work carried out elsewhere in the department on law, human rights, and the effects of globalization”.

porque há relação entre esse documento e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, no particular, será estudada no próximo capítulo. Trata-se da “Orientação sobre a ética e o acesso eqüitativo ao tratamento e proteção contra o HIV”²¹⁹.

Tal *guidance document* resulta de uma conferência mundial sobre *Ethics and Equitable Access to Treatment and Care for HIV/AIDS* realizada em Genebra, Suíça, nos dias 26 e 27 de janeiro de 2004, sob os auspícios da UNAIDS (*Joint United Nations Programme on HIV/AIDS*) e da Organização Mundial da Saúde, representada por três de seus departamentos (*Ethics, Trade, Human Rights and Health Law; MDGs, Health and Development Policy; e HIV/AIDS*). O documento foi elaborado com a colaboração de especialistas, o que faz ressaltar sua importância.

Sua “Introdução” alude a um grande desafio da atualidade, salientando que cerca de 40 milhões de pessoas eram então portadoras do HIV (*Human Immunodeficiency Vírus*) e que havia uma estimativa de que 6 milhões dentre elas habitavam países em desenvolvimento e necessitavam urgentemente de tratamento anti-retroviral (ART)²²⁰, pois se não o recebessem morreriam. Nada obstante, menos de 8% estava tendo acesso a esse tratamento, de modo que essa “dramática” carência veio a ser declarada pela Organização Mundial da Saúde e pela UNAIDS como uma emergência mundial²²¹, razão pela qual essas duas instituições, assim como muitas outras entidades colaboradoras, estavam envidando esforços para atingir a meta de até o final de 2005 fornecer o tratamento anti-retroviral a 3 milhões de enfermos de países em desenvolvimento.

Tais esforços, ensejando a ampliação do acesso àquele tratamento, trouxe a esperança de que nos próximos anos milhões de vidas sejam salvas e que “uma das maiores tragédias humanas de nosso tempo possa ser amenizada”, se bem que, mesmo em se propiciando até 2005 o tratamento a 3 milhões de pessoas, apenas a metade dos pacientes necessitados será atendida, de maneira que a meta seria um urgente primeiro passo no sentido dos esforços que devem ser feitos para que os

²¹⁹ “*Guidance on ethics and equitable access to HIV treatment and care*”. O texto integral desse documento foi obtido, para os fins desta dissertação, por meio da Internet. Faz-se remissão ao *site* já mencionado (<http://www.who.int/ethics/en/index.html>).

²²⁰ Sigla em inglês, significando *antiretroviral therapy*.

²²¹ “*This dire lack of access to life-saving treatment has been declared a global health emergency by WHO and UNAIDS*”, como se lê no original.

doentes recebam permanentemente o tratamento e enquanto durar a epidemia, o que pode abranger décadas. Daí a dramaticidade da situação, uma vez que onde a necessidade do tratamento excede a possibilidade de fornecê-lo algumas pessoas o receberão enquanto que outras morrerão.

Essa situação faz com que governos nacionais, instituições internacionais, organizações não governamentais, associações de portadores do HIV, bem como órgãos e agentes de saúde se defrontem com graves questões éticas, que implicam escolhas ou decisões de que pode resultar a sobrevida ou a morte de milhões de pacientes, ou ainda o potencial encaminhamento de recursos para o tratamento de outras moléstias ou o atendimento de outras necessidades sociais, e mesmo os efeitos do aumento do acesso ao tratamento anti-retroviral em sistemas de saúde, comunidades e famílias com frágil estrutura. O conjunto dessas circunstâncias ou questões acarreta obrigações éticas no sentido de que a possibilidade do tratamento se faça da maneira mais adequada, benéfica e duradoura possível²²².

O documento em estudo, por conseguinte, tem por finalidade dar uma orientação para o equacionamento das questões éticas resultantes da ampliação do acesso ao tratamento anti-retroviral e a outros programas de saúde e assistência relacionados com o HIV, procurando ajudar no planejamento e implementação de tais programas e meios, mediante referências para a discussão pública dos programas, o estabelecimento de políticas adequadas a todas as populações necessitadas, a consecução de resultados eticamente proveitosos e o cumprimento de obrigações vinculadas aos direitos humanos. Instituir, enfim, programas de tratamento anti-retroviral que gerem o máximo de benefícios e o mínimo de dificuldades, bem como distribuam equitativamente os recursos terapêuticos²²³.

²²² Conferindo-se com o original lê-se: “Where the need and demand for ART exceed the current ability to deliver it, some people will receive treatment and others will die. Such a situation poses serious ethical issues for governments, international agencies, nongovernmental organizations (NGOs), associations of people living with HIV, and health care institutions and workers. The most compelling of these issues involve choices that will affect the lives and deaths of millions. There are also serious ethical concerns about the potential diversion of resources from other health and social needs and about the possible effects of scaling up ART on fragile health systems, communities, and families. These circumstances impose powerful ethical obligations on all the actors involved to deliver treatment in ways that are as fair, beneficial, and sustainable as possible”.

²²³ “The goal – afirma-se no texto original – is to create ART programmes that produce the greatest possible good and the least possible harm and that distribute benefits equitably”.

Outro aspecto interessante na parte introdutória do documento é que se ressalta refletir ele o nível atual de conhecimento nessa área específica que se caracteriza por estar tendo um rápido desenvolvimento, ressaltando-se também que, sendo restritas as experiências e informações concernentes aos efeitos decorrentes da ampliação do acesso ao tratamento anti-retroviral e demais cuidados médicos para com os portadores do HIV, será ele periodicamente atualizado, à luz das evidências que se forem manifestando.

Assim, com base apenas na introdução de tal documento, já se avalia quão importante é a questão do direito universal à saúde, independentemente da disponibilidade ou não de recursos financeiros, pois esse direito implica aspectos éticos que o vinculam à dignidade da pessoa humana - ou à esfera dos direitos humanos -, de sorte que esforços não devem ser poupados quando se trata de preservar-lhe a saúde ou a vida, mediante o acesso à assistência médica mais eficiente possível.

E por que a questão do HIV/AIDS reveste-se da maior prioridade? É o que indaga no segundo tópico do documento. Responde-se enfatizando que vários fatores levam a um maior esforço mundial no combate ao HIV. Como acima já se anotou, na data em que o documento em estudo veio à luz aproximadamente 40 milhões eram, em todo o mundo, portadoras do HIV e diariamente morriam 8.000 pessoas, vítimas de doenças relacionadas com a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), ou seja, tem-se uma grave epidemia que em muitos países reduz, em mais de dez anos, a expectativa de vida. Acresce que o HIV, além de trazer doenças e mortes, põe em risco as estruturas social, econômica e política de alguns países, uma vez que nas regiões mais duramente afetadas pela epidemia os sistemas de saúde e de amparo social acabam sendo sobrecarregados em decorrência da impossibilidade de se propiciar tratamento à AIDS, até mesmo porque as fileiras dos profissionais da saúde se reduzem por ação da própria doença, ao passo que médicos e enfermeiros migram para outras regiões. Devido à AIDS aumenta o número de órfãos e a exacerbação da pobreza e da desigualdade. Mesmo sem o fornecimento dos remédios de natureza anti-retroviral o tratamento

básico anual de uma pessoa portadora da AIDS pode superar, em termos de custo, duas ou três vezes a renda interna bruta *per capita* nos países mais pobres²²⁴.

É possível a ampliação do tratamento quando os medicamentos de natureza anti-retroviral tornam-se disponíveis, aumentam os meios para atividades relacionadas com a luta contra o HIV e programas de tratamento anti-retroviral são desenvolvidos em regiões carentes de recursos. Condições como essas têm ensejado vontade política e possibilidade operacional para aumentar consideravelmente o tratamento médico de que as pessoas portadoras do HIV carecem, daí derivando o prolongamento de muitas vidas, o decréscimo do número de novas infecções ou novos portadores e o fortalecimento dos sistemas de saúde, do que derivam, por outro lado, benefícios para as sociedades como um todo, permitindo-se evitar o colapso de hospitais e clínicas e assim, indiretamente, contemplar a população com o tratamento de outras moléstias.

Conseqüentemente, os governos nacionais têm a obrigação de assegurar o acesso universal ao tratamento anti-retroviral. Em 2001 a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas emitiu uma Declaração de Compromisso a respeito do HIV/AIDS²²⁵. Afirma-se nessa Declaração que o compromisso com os direitos humanos é um elemento essencial da resposta mundial contra o HIV e a AIDS. O compromisso com os direitos humanos já havia sido registrado em várias resoluções da Comissão sobre Direitos Humanos das Nações Unidas²²⁶, assim como na Pauta Internacional sobre HIV/AIDS e Direitos Humanos²²⁷, publicada pela UNAIDS e OHCHR em 1998.

²²⁴ No documento se informa que o HIV causou um declínio do índice de desenvolvimento anual per capita nos países africanos localizado ao sul do deserto do Saara e mais severamente golpeados pela epidemia, ameaçando elidir, desse modo, todo o desenvolvimento auferido por esses países nos últimos cinquenta anos. Confira-se com o original: "*HIV has already caused a measurable fall in annual per capita growth in the hardest-hit countries of Sub-Saharan Africa and threatens to erase the development achievements of the past 50 years*".

²²⁵ "*Declaration of Commitment on HIV/AIDS*", conforme o original.

²²⁶ Em ingles lê-se: "*UNCommission on Human Rights*".

²²⁷ E quanto a essa outra denominação lê-se: "*International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights*". Aproveita-se esta nota de rodapé para anotar que o documento em estudo reporta-se à *Guideline 6*, informando que ela versa sobre o acesso universal à prevenção, tratamento, assistência e apoio na luta contra o HIV e a AIDS como medidas necessárias ao respeito, proteção e cumprimento dos direitos humanos relacionados com a saúde, incluindo o acesso ao que de mais avançado houver na área da saúde, e que foi atualizada para abranger os recentes progressos nas esferas do tratamento médico e do direito internacional aplicável. É útil transcrever este tópico do original, para que possível defeito na tradução não prejudique o entendimento do texto: "*Guideline 6*

As obrigações de um país com relação ao acesso universal ao mais alto padrão de saúde disponível decorrem dos compromissos por ele assumidos mediante tratados internacionais de direitos humanos e mediante as próprias leis nacionais e respectivas regulamentações. Justamente por se acentuar tratar-se de “obrigações do país”, importa ver o original, em destaque, como segue:

A country's obligations with regard to universal access are a function both of the commitments it has made under the international human rights treaties and of its national laws and regulations.

Estimulando o interesse do leitor nacional, o documento sobre que ora se discorre cita o Brasil, juntamente com a Venezuela, como exemplos de países cujos tribunais superiores têm entendido ter o governo a obrigação legal – no caso do Brasil, como visto no capítulo 4, obrigação constitucional – de assegurar o acesso universal ao tratamento anti-retroviral. Em outros países, continua o documento, os governos têm optado por deixar as decisões nesse sentido para o nível de políticas públicas locais, propiciando o tratamento por meio do sistema de saúde pública e outras providências tendentes ao objetivo do acesso universal. A progressiva efetivação do direito à saúde impõe uma obrigação de avanço, tão rápida e concretamente quanto possível, em direção à meta do acesso universal, de sorte que no atual contexto os governos estão obrigados a fazer planos que impliquem cronogramas específicos para a consecução dos objetivos afeitos à assistência médica e ao padrão de saúde compatível, e adotar, em complemento, as medidas necessárias à realização desses objetivos, aí se incluindo, pois, entre outras metas na esfera da saúde, a garantia do tratamento anti-retroviral a quem dele necessitar²²⁸.

Frise-se que, segundo o documento em exame, no âmbito do Direito Internacional os países que subscreveram a Convenção sobre Direitos Econômicos,

states that universal access to HIV prevention, treatment, care, and support is necessary to respect, protect and fulfil human rights related to health, including the right to enjoy the highest attainable standard of health”.

²²⁸ O documento enfatiza que a Organização Mundial da Saúde considerava a meta, inicialmente citada, de se assegurar a 3 milhões de pacientes, até o final de 2005, o tratamento de natureza anti-retroviral, uma expressiva força motivadora no urgente empenho de se garantir o acesso ao tratamento e à assistência, e por outro lado reputava o acesso universal como o único escopo eticamente aceitável. Confira-se com o original: “*WHO considers the 3 by 5 target to be a powerful motivating force in an urgent effort to achieve such access to treatment and care, and regards universal access to be the only ethically acceptable goal*”.

Sociais e Culturais²²⁹ têm a obrigação de assegurar e efetivar o direito ao mais alto padrão de saúde disponível, direito que, evidentemente, abarca o acesso à assistência médica e ao tratamento contra o HIV. O direito à saúde é um direito econômico, social e cultural, tendo cada país, com relação a ele, a obrigação de, por si só ou contando - nos aspectos econômico e técnico, em especial - com assistência e cooperação internacionais, tomar todas as iniciativas que o máximo de seus recursos permitir, com vista à consecução progressiva da plena efetivação de tal direito. A efetivação dos direitos humanos enseja uma importante estrutura institucional e legal, apta a fundamentar a tomada de decisões e o planejamento de programas. Por outro lado, o enfoque ético orienta as deliberações acerca das opções de políticas públicas, em termos de estabelecer as prioridades tendentes à concretização do acesso universal à assistência médica²³⁰.

O enfoque ético do problema se impõe porque em muitos países os recursos não serão suficientes para assegurar o tratamento anti-retro viral e a assistência médica a todos os pacientes que deles necessitarem, mesmo porque o número de pacientes continua aumentando, de modo que se tem de enfrentar uma contingência difícil, decidir quem receberá primeiro a medicação, como e onde será proporcionado o tratamento anti-retroviral, a fim de que não se prejudiquem outros programas de luta contra o HIV ou, de maneira geral, os sistemas de saúde.

Por isso, com base no enfoque ético, ter-se-á a orientação de determinados princípios, o que ajudará na avaliação das alternativas e conseqüências das escolhas, principalmente quando se tratar daquelas decisões mais árduas, as que envolverem a definição das prioridades, em havendo muitos pacientes necessitados – um portanto a ser “privilegiado” em detrimento de outro -, bem como a ponderação entre benefícios e prejuízos.

Três são os princípios, aptos a auxiliar na escolha dos pacientes que, com prioridade, necessitam receber o tratamento retro-antiviral, e das condições – onde e como – em que os programas de utilização desse tratamento serão desenvolvidos. Assim, por meio desses princípios serão conduzidos programas e políticas públicas

²²⁹ “Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, consoante o original.

²³⁰ Nesse sentido, lê-se no final do subitem 2.2 do documento, as normas de direitos humanos e a ênfase da ética atuam como forças complementares: “In this way, human rights norms and ethical analysis are complementary”.

que possam, num sentido mais amplo, proporcionar estes resultados: a) conseguir o máximo possível de benefícios, mediante a distribuição dos recursos disponíveis, com vista ao fornecimento da assistência completa; b) os benefícios obtidos devem estar distribuídos eqüitativamente entre os pacientes; c) ter um sistema de compensação para aqueles que contraíram o HIV em situações especiais, como, por exemplo, em decorrência de uma transfusão de sangue feita sem os cuidados necessários, ou por terem se submetido a maiores riscos de contraí-lo, participando de atividades clínicas; d) atendimento às necessidades das pessoas mais carentes ou que estejam em condições mais graves²³¹.

Trata-se dos princípios da utilidade (“*principle of utility*”), da eficiência (“*principle of efficiency*”) e da eqüidade (“*principle of fairness*”). O primeiro orienta no sentido de que se deve optar pela ação que venha a produzir o maior benefício. O segundo, no sentido de que um objetivo deve ser alcançado com o mínimo de recursos ou, em outras palavras, extrair-se de um dado limite de recursos o máximo proveito para todos. O terceiro, no sentido de que as pessoas devem ser tratadas igualmente, ou seja, tratar da mesma forma a todos que se encontrarem numa dada situação²³².

O documento traz algumas considerações a propósito de cada um desses princípios. Quanto ao da utilidade, anota-se ter sido expressado pelos utilitaristas da seguinte forma: ensejar-se a maior felicidade possível para o maior número de pessoas. Mas, aplicado aos esforços contra a HIV e a AIDS, tal princípio está a abranger benefícios de qualquer natureza, compatíveis com as metas estabelecidas. Registra-se também a crítica feita à aplicação isolada desse princípio, crítica que apontaria para a prevalência de um programa que proporcione um grande benefício a poucas pessoas – independentemente, pois, da distribuição eqüitativa – sobre

²³¹ Dada a importância de tais princípios, é proveitoso transcrever a redação original, até mesmo para confronto com a tradução empreendida e detecção de erros nela cometidos. Veja-se, pois: “*Broadly, the use of these principles will lead to policies and programs that:*

- a. *maximize benefits by distributing available resources to provide the greatest total benefit (including but not limited to health benefits);*
- b. *distribute these benefits in a way that is fair;*
- c. *compensate people who have been harmed (e.g. through negligent blood transfusion) or who have taken particular risks in the context of HIV (e.g. through participation in clinical trials);*
- d. *address, in particular, the needs of the worst-off people or those most in need.”*

²³² É aqui conveniente, pelo mesmo motivo citado na última nota acima, registrar o texto em inglês: “**The principle of utility** holds that one should act so as to produce the greatest good; (...) **The principle of efficiency** favours minimizing the use of resources needed to produce an objective, or maximizing the total impact from a given level of resources. (...) **The principle of fairness** is met when people are treated justly, which is often expressed as treating like cases alike” (os negritos são do original).

outro que enseje um menor benefício, que, todavia, venha a ser equitativamente distribuído entre o maior número possível de pessoas. No que concerne ao da eficiência, observa-se que uma ação precisa ser eficiente para que se cumpram os fins do princípio da utilidade, se bem que nem todas as ações eficientes são aptas a propiciar o maior bem-estar a todos. Exemplifica-se: em se tendo de escolher entre políticas públicas alternativas, para se proporcionar tratamento médico a determinado grupo de pessoas dentro de uma população, uma política pode ser escolhida como sendo a mais eficiente, embora nenhuma das alternativas satisfaçam, em rigor, a exigência do princípio da utilidade, que é proporcionar o maior número de benefícios totais à população como um todo. A propósito do princípio da equidade salienta-se, simplesmente, que se deve perquirir quais características poderão ser comparadas para o efeito dessa relevante questão, que, de resto, desdobra-se numa outra, a de se saber como uma avaliação neutra ou imparcial pode ser aferida. Aqui também se figura uma situação exemplificativa: a ação que, baseada num fato irrelevante para a decisão de escolha, discrimina uma pessoa, é uma ação que viola o princípio da equidade²³³.

Os princípios éticos servem, pois, de apoio na escolha e justificação de ações e políticas públicas adotadas para efetivar os direitos das pessoas, garantir ao máximo o seu bem-estar e evitar-lhes o risco de danos. Desse modo, voltando ao problema do HIV e da AIDS, o documento informa que, dependendo do peso que se atribua a tais princípios, vários grupos de pacientes poderão ser escolhidos para se beneficiar, de imediato, do tratamento anti-retroviral. Assim também poderão as considerações de natureza ética influir nas decisões a respeito de quais lugares e quais sistemas serão escolhidos em primeiro lugar para receber os meios necessários ao fornecimento do tratamento anti-retroviral. Aludiu-se ao peso que se possa atribuir aos princípios éticos porque não há a propósito uniformidade de avaliação entre as pessoas e as sociedades, o que pode ensejar decisões diferentes, todas, no entanto, eticamente válidas, o que significa que o enfrentamento dos problemas sob o enfoque da ética, a despeito do relativismo acima mencionado, sempre dará

²³³ O documento registra, no particular, que há situações em que os três princípios são simultaneamente atendidos, sendo certo que também, todavia, há ações e política públicas que atendem a um deles e não aos demais. Eis como se lê no original: “*Sometimes all these principles are satisfied simultaneously, but acts and policies often accord with one principle but not the others.*”

ensejo a políticas públicas e programas que, eticamente defensáveis, serão aceitos em maior amplitude, resistindo mais às críticas que possam advir.

E assim, à luz desse enfoque ético e da prevalência dos direitos da pessoa humana, cuida-se no documento em estudo de investigar que tipos de políticas públicas, e procedimentos correlatos, serão mais eficazes e eqüitativos.

Se o objetivo é promover, efetiva e eqüitativamente, a ampliação do acesso universal ao mais alto padrão de saúde disponível, as políticas públicas devem se ater aos seguintes critérios: 1º) clareza, isto é, devem ser objetivas e facilmente compreendidas por todas as pessoas; 2º) simplicidade, no sentido de que sua aplicação possa ser feita sem maiores dificuldades; 3º) eficiência, ou seja, aptas a proporcionar o máximo de benefícios; 4º) eqüidade, ensejando-se aos pacientes um tratamento baseado numa igualdade verdadeiramente material; 5º) inexistência de discriminação, vale dizer, não separar os pacientes em determinadas categorias; 6º) legitimidade, isso em termos de sua origem, estritamente dentro da legalidade; 7º) progressividade, ou em outras palavras, caracterizadas pelo avanço em direção ao acesso universal; 8º) mensurabilidade, o que se lhes permitirá o respectivo monitoramento; 9º) sustentabilidade, para que se sustentem financeiramente ao longo do tempo necessário; 10) legalidade, permanecendo sempre adstritas à legislação nacional e às normas de direitos humanos²³⁴.

Em seguida, o documento em estudo aborda as dificuldades causadas pela discriminação, salientando que na maior parte das sociedades humanas certos grupos de pessoas são discriminados, com o que se prejudica o acesso igual e eqüitativo de todos à assistência médica. A “Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”²³⁵ admite que a efetivação dos direitos seja progressiva e reconhece que tal efetivação posse ser restringida pelos limites dos recursos disponíveis. Mas, os países que aderiram a essa Convenção têm a obrigação de garantir que as pessoas possam exercer os seus direitos sem sofrer

²³⁴ Esse tópico do documento é concluído com a seguinte observação: em se adotando políticas que se atenham rigorosamente a esses critérios, muitos desafios terão que ser afrontados, em circunstância as mais variadas, mesmo porque pode ocorrer que a luta pela consecução de uma meta às vezes se chocará com os esforços no sentido de se alcançar uma outra determinada meta. No original: “*Adopting policies that fulfil these characteristics will be a challenge in many circumstances, particularly when the pursuit of one goal conflicts with achieving another*”.

²³⁵ “*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*”.

discriminação de qualquer espécie, ou seja, nesse particular não se poderá alegar a limitação determinada pelos recursos disponíveis²³⁶.

Daí que, para clarificar a extensão e o conteúdo dos direitos individuais, bem como as obrigações dos países convenientes, tratados apresentam interpretações designadas como “Comentários Gerais”, sem força vinculativa, sendo certo que no ano 2000 o “Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”²³⁷ adotou o “*General Comment 14*”, que, fundamentando-se na obrigação de não se discriminar, ampliou o acesso à assistência médica e a todos os seus pressupostos, , assim como aos meios e titularidade para a respectiva aquisição. O Comitê proibiu a discriminação com base em deficiência física ou mental, moléstia de que se é portador, HIV/AIDS inclusive, orientação sexual, condição civil, política ou social, ou qualquer outra situação, uma vez que a exclusão com base em tais critérios discriminatórios impediria o equitativo exercício do direito à saúde²³⁸.

Como se pode ver, todos esses critérios, orientações e normas de direito internacional vêm ao encontro do princípio norteador que o direito constitucional positivo do Brasil erigiu em direito fundamental da pessoa humana, a dignidade desta, ensejando que sua vida, e também, conseqüentemente, sua saúde, sejam resguardadas ao custo que for e sem nenhum tipo de discriminação, cabendo aos poderes do Estado, Judiciário inclusive, velar pela efetivação de tal direito.

A simples possibilidade de tratamento médico, ressalta o documento em exame, traz muitos benefícios secundários, em prol da sociedade como um todo. É que as pessoas, cientes de que não lhes será impedido, por falta de recursos ou qualquer outra forma de discriminação, o acesso ao tratamento, não terão receio de fazer os exames ou testes de detecção do HIV, de sorte que, indo aos postos de saúde, as que não estiverem infectadas serão orientadas sobre como evitar a infecção, ao passo que as infectadas serão esclarecidas sobre as opções de

²³⁶ Leia-se o original: “*States Parties’ obligation to guarantee that people can exercise their rights without discrimination of ‘any kind as to race, colour, sex, language, religion, political ou other opinion, national ou social origin, property, birth or other status’ is not subject to this limitation*”.

²³⁷ “*Committee on Economic, Social and Cultural Rights*”.

²³⁸ Acresce que, segundo essa orientação de alcance geral, os benefícios, as facilidades e os serviços de saúde devem ser, de fato e de direito, acessíveis a todos, em especial aos segmentos mais vulneráveis e marginalizados da população, sem nenhum tipo de discriminação. Para conferência com o original: “*It also noted that ‘health facilities, goods and services must be accessible to all, especially the most vulnerable or marginalized section of the population, in law and in fact, without discrimination on any of the prohibited grounds*”.

tratamento de que dispõem e sobre as maneiras de evitar a transmissão do vírus. Assim, a disponibilidade do tratamento poderá reduzir o risco de transmissão do HIV e amenizar o estigma discriminatório acarretado pela AIDS – que é vista como uma doença incurável e que leva à morte -, de modo que não só se salvarão vidas, mas também se liberará o caminho para o desenvolvimento de programas de assistência médica anti-retroviral e para cuidar de um maior número de portadores do HIV.

Pode-se aqui inserir o pensamento do economista indiano Amartya Kumar Sen, uma reflexão assentada em particular pensamento de John Rawls sobre a questão da equidade. Amartya Sen alude a subsídios extraídos da teoria da justiça, elaborada por John Rawls, e por ele, Sen, considerada a mais influente e a mais importante do século XX .

Trata-se, tal reflexão, de uma análise a respeito dos dois princípios que John Rawls expressou em 1982, em preleções que ficaram conhecidas como “Conferências Tanner”.

Amartya Sen transcreve ambos os princípios. O enunciado do primeiro é este:

Cada pessoa tem igual direito a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdades para todos.

Comentando esse princípio, Amartya Sen afirma que ele acarreta um enfraquecimento da condição da liberdade.

Agora o enunciado do segundo princípio:

As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Em primeiro lugar, devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo, devem ser para o maior benefício dos membros da sociedade que têm menos vantagens.

Também aqui se inclui, conforme o comentário de Amartya Sen, o princípio da diferença, que proclama se deva produzir o maior benefício àqueles que têm menos

vantagens, isto é, menos bens primários²³⁹. Tal reflexão converge, quer-se crer, com a orientação preconizada pela Organização Mundial da Saúde, como se depreende dos tópicos e considerações aqui abordados.

Evidencia-se, portanto, que o papel da Organização Mundial da Saúde, na luta contra o HIV e pela garantia, em todo o mundo, do direito fundamental da pessoa humana à saúde, nele incluído, com ênfase especial, o direito dos portadores do vírus ao tratamento de natureza anti-retroviral, tem sido relevante e constituído forte estímulo aos países pobres e em desenvolvimento, sem recursos suficientes para propiciar a todos os portadores da AIDS a assistência médica de que carecem e de que sua sobrevivência depende.

Vê-se a importância do papel da Organização Mundial da Saúde, ao acompanhar um programa desenvolvido na República de Malawi, África Oriental. Esse programa definiu a posição nacional sobre o acesso equitativo ao tratamento e assistência médica²⁴⁰ e trouxe em seu bojo alguns dos critérios propostos e defendidos no documento em estudo. A iniciativa ocorreu no mês de julho de 2003, quando a Comissão Nacional de Malawi dedicada à luta contra a AIDS apresentou para análise, por parte de detentores de recurso, um documento técnico a respeito da equidade nesse setor específico da saúde e, com base nas recomendações oriundas de tal análise, a Comissão iniciou um processo mais amplo de consulta, procurando envolver o público num diálogo sobre a questão da equidade no acesso ao tratamento anti-retroviral, promovendo programas de rádio e televisão, encontros com diferentes grupos de pessoas e organizações, e estudos comissionados em distritos específicos. Daí resultou, com base na Política Nacional de Malawi contra o HIV e a AIDS, bem como em todas as recomendações e conclusões ensejadas por aquelas consultas, um consenso nacional a propósito da questão em referência, do qual se destacam vários princípios aptos a orientar o tratamento e os programas de assistência médica correlatos.

²³⁹ *Desigualdade reexaminada*, Editora Record, 2001. Amartya Sen expõe o seu pensamento desta forma: “O primeiro princípio inclui um enfraquecimento da condição da liberdade (‘um esquema plenamente adequado’ exige menos que o requisito original de ‘o mais abrangente sistema total’ especificado na versão de 1971). O segundo princípio continua a incluir o assim chamado ‘Princípio da Diferença’, no qual o foco está sobre a produção do ‘maior benefício dos que têm menos vantagens’, onde a vantagem é estimada pela parcela de ‘bens primários’ (Rawls 1971:90-5). Mas a ‘igualdade equitativa de oportunidades’ recebe aqui uma ênfase renovada” (página 130).

²⁴⁰ Trata-se da citação de um “*case study of citizen engagement in the development of a national position paper on equitable access to treatment and care in Malawi*” (o negrito é do original).

Interessa enunciar tais princípios, pois a Organização Mundial da Saúde os aprovou e eles, por outro lado, podem ser aplicados em outros países, com o propósito de se efetivar o direito à saúde como direito humano. Por força do primeiro deles – qualificação ou aptidão para o tratamento (“*eligibility for treatment*”) – o governo deveria progressivamente assegurar o acesso a eficiente tratamento de natureza anti-retroviral, e a necessária profilaxia tendente a evitar novas infecções pelo vírus HIV, a todos os portadores desse vírus, que devem estar cientes das implicações do tratamento e que dele de fato estejam, clinicamente, a necessitar. De acordo com o segundo princípio – relacionamentos com colaboradores externos (“*relationships with external partners*”) – o setor particular também poderia proporcionar o tratamento anti-retroviral, adquirindo os medicamentos a preços subsidiados, à razão de 20% do custo real, incluindo a logística e as atividades de monitoramento. Para receber os medicamentos a preços subsidiados é preciso que os agentes do setor particular sejam treinados, se cientifiquem das implicações do tratamento e integrem as atividades nacionais de monitoramento. O terceiro princípio aludia à provisão pública – “*public provision*” -, abrangendo três condições, quais sejam, proporcionar o tratamento anti-retroviral simultaneamente em todos os distritos, em pelo menos um estabelecimento público em cada distrito (“*siting*”), o tratamento não sofreria encargos nos locais em que for proporcionado, no âmbito da saúde pública (“*financing*”), e, última condição, nos estabelecimentos públicos em que for proporcionado, o tratamento anti-retroviral seria registrado, para efeito de priorização, em termos de entrada dos medicamentos e sua utilização (“*prioritizing*”).

Os três últimos princípios, igualmente importantes, são mais complexos. Dizem respeito à identificação dos grupos de pessoas que estejam em situação estratégica ou vulnerável, à natureza essencial desse serviço de saúde pública e ao respectivo monitoramento. A explicação de cada um deles consiste no seguinte: quanto ao primeiro tópico, cuidava-se de afastar os obstáculos ao tratamento e assistência médica, identificando-se os pacientes segundo critérios que envolvem situações de obrigação moral de se tratar (por exemplo, as mães, para evitar a transmissão do HIV para seus filhos); recursos humanos essenciais nas linhas de frente importantes dos serviços (profissionais da saúde, professores e agentes da defesa civil); máximo efeito multiplicador na sociedade (tratando-se um grupo estratégico, muitas pessoas serão encorajadas a se informar sobre o HIV e a AIDS, fazer os testes de detecção

do vírus e não retardar, em caso de infecção, o tratamento); inexistência de discriminação e favorecimento às pessoas mais carentes (órfãos, moradores rurais, profissionais do sexo, encarcerados, entre outras pessoas necessitadas); aproveitamento máximo dos investimentos efetuados. Os agentes encarregados da implementação do programa deveriam ser incentivados a superar as barreiras geográficas que pudessem obstruir o acesso universal ao tratamento anti-retroviral, incluindo-se assim as populações mais afastadas. E se a procura pelo tratamento anti-retroviral sobrepujar os materiais disponíveis, caberia dar prioridade a quem já estivesse se submetendo ao tratamento, às mulheres grávidas e às crianças. O segundo tópico tinha por finalidade fortalecer os sistemas de saúde, fazendo com que a possibilidade do tratamento anti-retroviral ensejasse também a dos serviços essenciais de saúde. O terceiro tópico visava ao monitoramento e à avaliação do programa, como parte do progressivo acesso ao tratamento anti-retroviral.

Todos esses cuidados, sem falar da prévia análise por agentes financiadores e da consulta popular que antecedeu à implementação do programa, mostram como o citado país africano – que assim revelou já ter alcançado um alto estágio civilizatório – tem demonstrado respeito pela dignidade da pessoa humana, mediante a concretização do direito universal à saúde. A política de saúde pública da República de Malawi empenhou-se em superar as questões éticas para as quais a Organização Mundial da Saúde tem chamado a atenção, particularmente no caso dos pacientes portadores do HIV, fazendo com que todos tenham acesso ao tratamento de natureza anti-retroviral. Desse modo, tal “*case study*” é revelador, servindo como fundamento teórico, e também como exemplo do que pode ser feito na prática, do direito universal à saúde, como direito humano e que, voltando agora para o caso brasileiro, está positivado na Constituição Federal e que, atualmente, tem levado a agir não apenas o Poder Executivo, como também o Judiciário.

Ao se falar de exemplo do que pode ser realizado na prática, o que se tem em vista é citar as considerações que, no documento em exame, se seguem ao mencionado programa da República de Malawi e às quais, como se verá, a atuação brasileira tem-se amoldado. O documento enfatiza no subitem 2.8 que a epidemia da AIDS acabou por demonstrar ser possível o que aparentemente era impossível, uma vez que há pouco mais de uma década não se imaginava que medicamentos relacionados com a moléstia e capazes de salvar vidas se tornariam disponíveis,

que orientações simples para o tratamento passariam a existir, que haveria exemplos de bem sucedidos programas de tratamento anti-retroviral em estruturas carentes de recursos financeiros e que haveria significativos fundos e vontade política para o tratamento e assistência médica aos portadores do HIV. São realidades que agora ensinam se salvem milhões de vidas, pois fizeram, mediante o tratamento anti-retroviral, a AIDS transformar-se, de sentença de morte, em doença crônica e, conseqüentemente, os portadores da moléstia voltaram a ser membros ativos da sociedade, a trabalhar e a manter-se e sustentar a família, com o que se reduziu o impacto da enfermidade²⁴¹. Daí a importância de agir, e agir urgentemente, ainda que os programas de saúde venham a ressentir-se de alguma falha. Confira-se tal advertência com o original:

This means that a failure to act is a greater wrong than acting imperfectly. Action has to be taken urgently, rather than waiting for some ideal situation to arise.

Assim, a última Assembléia Constituinte brasileira, de que resultou a Constituição em vigor, revelou maturidade, experiência e preocupação com a solidariedade ao positivar o direito universal à saúde, atribuindo-lhe a força de um direito da pessoa humana.

Agora, para cessar o exame do documento em referência, importa ver como a Organização Mundial da Saúde tem considerado a atuação do governo brasileiro. Alude-se no documento à Constituição Federal de 1988, observando-se ter ela estabelecido que a assistência à saúde é um direito. Também se faz remissão à Lei federal nº 9.313, editada em 1996, que assegura o tratamento anti-retroviral a todos os portadores do HIV que por indicação médica necessitem desse tratamento. O programa brasileiro de combate à AIDS, continua o documento, abrange centros clínicos, infra-estrutura laboratorial, distribuição de preservativos e programas extraordinários, sendo certo que no primeiro ano 2.000 pacientes receberam o tratamento, número que se elevou para 140.000 em 2004, tratamento que envolve

²⁴¹ Tais resultados positivos mitigam os efeitos avassaladores da doença sobre as pessoas, famílias, comunidades, sistemas de saúde, educação, agricultura, produção, segurança e desenvolvimento, ou, como se lê no original, referindo-se à AIDS, que os seus *“crushing effects on individuals, families, communities, health systems, education, agriculture, production, security, and development are significantly mitigated”*.

quinze remédios, sete dos quais produzidos no Brasil, em laboratórios públicos, estimando-se que a quantidade de anti-retroviral aplicada entre 1996 e 2002 tenha implicado o custo de dois bilhões de dólares dos EUA, dispêndio que acabou por ensejar críticas que, todavia, não atentaram para os ganhos sociais resultantes, como melhor qualidade de vida e redução dos índices de morbidez e de mortalidade, de sorte que foi possível poupar cerca de duzentos milhões de dólares dos EUA, em valor líquido, durante tal período, devido à implementação dessa política pública de combate ao HIV, uma vez que os óbitos decorrentes da AIDS sofreram uma diminuição estimada em 90.000 vidas preservadas, foi possível evitar 60.000 novos casos de AIDS e 600.000 internações hospitalares²⁴².

Cabe ainda tecer algumas considerações sobre o posicionamento da Organização Mundial da Saúde a respeito da licença compulsória, encerrando-se então este capítulo.

A questão que se propõe está sintetizada nestas palavras de Gustavo Fávoro Arruda e Pablo de Camargo Cerdeira:

As invenções relacionadas à área da saúde são muito peculiares e exigem especial atenção para o regime de proteção que se lhes confere. Se as patentes representam, por um lado, fomento ao desenvolvimento de novos medicamentos, por outro, elas podem inviabilizar a saúde pública e o acesso de milhões de pessoas às caras inovações biomédicas²⁴³.

Esses dois autores salientam que as patentes têm por finalidade proporcionar uma remuneração ao inventor e o fazem a expensas do consumidor, que pode suportar o ônus na maior parte das áreas do conhecimento, pois, pagando por ela,

²⁴² O documento conclui esse tópico preconizando programas iguais ou similares ao do Brasil. Salienta que os sistemas que obtiveram êxito basearam-se no critério de proporcionar o tratamento anti-retroviral aos grupos considerados prioritários, custeando o tratamento e a assistência médica mediante financiamento público e doações, porquanto os desafios impostos pelo HIV raramente podem ser enfrentados sem a intervenção de recursos públicos. O texto original, referindo-se à experiência brasileira, registra que os *“systems that have succeeded in reaching priority groups with ART have substantially subsidized treatment and care, usually providing it free through public financing ou donor assistance. Where external funding is not sufficient to support the provision of free treatment and where tax revenues are not a viable source of additional funding, many decision-makers can be expected to consider redistributing public sector funds to respond to the challenges posed by HIV”*.

²⁴³ *Patentes de Medicamento e Saúde Pública*, primeiro capítulo da parte II do livro *Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios*, obra de vários autores, organizada por Edson Beas Rodrigues Júnior e Fabrício Polido, Elsevier Editora Ltda., 2007. O capítulo citado estende-se da página 117 até a 132.

poderá dispor da inovação, além do que a própria publicidade da invenção constitui uma contraprestação, uma vez que, terminado o prazo de proteção da patente, a respectiva documentação será de domínio público. Assim, o que se tem é um estímulo ao fomento do progresso técnico-científico. Mas, tal lógica precisa comportar atenuações quando se tratar de bens essenciais, como os medicamentos, em especial em países com populações de baixo ou nenhum poder aquisitivo. Como dizem os autores, em “última análise, o ônus representa restrição ou até proibição de acesso ao tratamento disponível, relegando-o aos mais abastados financeiramente”²⁴⁴.

A Organização Mundial de Saúde não está alheia a essa questão, como se constata pela leitura de um relatório final que tem este título: “Para a equitativa globalização da saúde: direitos, regulação e redistribuição”²⁴⁵.

Estudam-se nesse relatório, entre outros assuntos, os riscos que a expansão dos direitos de propriedade intelectual (*Intellectual Property Rights – IPRs*) acarreta ao acesso a remédios patenteados.

Os direitos de propriedade intelectual incentivam as indústrias farmacêuticas a investir em pesquisa e desenvolvimento, mas o resultado de tais investimentos beneficia primordialmente os países desenvolvidos, que dispõem de recursos para custear os novos medicamentos.

Conseqüentemente, os habitantes de países em desenvolvimento, embora contribuam para o orçamento das indústrias farmacêuticas, permitindo-lhes investir em pesquisas, não se beneficiam das inovações na mesma medida com que são contemplados os consumidores dos países desenvolvidos, isso quando não se beneficiam em medida alguma.

Já se chegou a uma política de flexibilizações, especificadas numa Declaração Ministerial da Rodada Doha, para o licenciamento compulsório – ver-se-á mais adiante que a licença compulsória destina-se a situações extremas -, ensejando-se

²⁴⁴ *Idem*, p. 119.

²⁴⁵ “Towards Health-Equitable Globalisation: Rights, Regulation and Redistribution”. Esse relatório final provém do “Institute of Population Health” e foi encaminhado a uma Comissão específica, que estuda as determinantes sociais da saúde (“Commission on Social Determinants of Health”).

acordos que permitem a importação paralela de medicamentos genéricos, se bem que ainda em condições demasiado onerosas.

Urge, pois, segundo a Organização Mundial da Saúde, uma participação mais ativa dos governantes de países desenvolvidos no Grupo de Trabalho Intergovernamental sobre os Direitos de Propriedade Intelectual, criado pela Assembléia Mundial de Saúde, envidando esforços no sentido de levar a legislação nacional a admitir tais flexibilizações²⁴⁶.

Como se viu no capítulo anterior, com a Organização Mundial do Comércio alterou-se o regime de proteção aos direitos de propriedade intelectual, adotando-se sob os auspícios dessa Organização o Acordo que passou a ser identificado por sua sigla em inglês, *TRIPs*, e versa sobre os “Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”²⁴⁷. No artigo 1º o Acordo *TRIPs* determina que o sistema de proteção aos direitos de propriedade intelectual é efetuado, no âmbito da Organização Mundial do Comércio, mediante patamares mínimos, isso significando que os países-membros podem, mas não estão obrigados, a garantir proteção mais ampla²⁴⁸.

Nada obstante tal proteção, o Acordo *TRIPs* protege também a saúde e a nutrição públicas, permitindo expressamente nos artigos 8.1 e 27.3, *a*, que os

²⁴⁶ Eis como se expressa, no particular, o relatório: “To minimise health inequities due to stronger and expanding IPR regimes, developing country governments should actively participate in the Intergovernmental Working Group on Intellectual Property Rights established by the World Health Assembly, ensure that their national legislation allows full use of the flexibilities provided for by TRIPS, explore the use of compulsory licenses of patented essential medicines whenever the price can be significantly reduced through competition (local production or importation) and avoid concessions in bilateral or free trade agreements that increase the level of IPRs protection”.

²⁴⁷ Segundo os autores, o acordo TRIPS “representa uma marco histórico no fortalecimento dos privilégios e da proteção conferida a autores e inventores. A PI passou, então, a ser tratada como uma questão principalmente de comércio, sobrepondo-se tal interpretação à sua original função social” (*idem*, p. 120). Em inglês, o título completo desse novo acordo sobre a propriedade intelectual relacionada com o comércio é *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Sua ratificação e, a contar de 1º de janeiro de 1995, sua execução pelo Brasil constam do Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e do Decreto nº 1.355, do dia 30 do mesmo mês.

²⁴⁸ Os autores observam que, todavia, no “processo de internalização da normativa da OMC, muitos Estados deixaram de atentar para detalhes do Acordo que possibilitam a concessão de privilégios muito mais amplos que os patamares mínimos inicialmente negociados. Neste íterim, esqueceram-se, também, das justificativas que fundamentam a concessão dos privilégios das patentes: a contraprestação inventiva” (*ibidem*).

países-membros deixem de conceder a patente nos casos de invenções e métodos terapêuticos necessários à manutenção da saúde pública²⁴⁹.

A propósito do mencionado artigo 27.3, a, Carlos Maria Correa e Dalindybo Shabalala fazem duas indagações, a primeira no sentido de verificar quais são os requisitos que o Acordo *TRIPs* impõe, ao passo que a segunda tem em vista perquirir a flexibilidade que esse Acordo possa ter²⁵⁰. Quanto aos requisitos, respondem que os países-membros podem deixar sem patente os métodos de diagnóstico, terapêuticos e cirúrgicos necessários ao tratamento de pessoas ou animais. Quanto à flexibilidade, observam que os países-membros podem indeferir a patente de “descobertas”, ou seja, novos usos podem ficar sem patente, com base no argumento de que não se cuida de invenções, mas da constatação de novas propriedades de produtos já existentes²⁵¹. Os países-membros têm liberdade para definir os procedimentos, de maneira a excluir os segundos usos. Se bem que a jurisprudência da OEP (*Oficina Europea de Patentes*) e dos EUA convirjam no sentido de que nenhuma das jurisdições estabelece diferença entre processo e novo uso, tal orientação jurisprudencial, advertem os autores, implica interpretação perigosamente ampla²⁵². Na atualidade, prosseguem eles, o debate acerca da exigência, ou não, de proteção para os novos usos não está recebendo a atenção que mereceria, de modo que os países em desenvolvimento deveriam prevenir-se, mobilizando-se com base em seus próprios precedentes legais contra a possibilidade de se lhes impingir a interpretação de que os novos usos configuram procedimentos de registro²⁵³.

A despeito do que já se expôs no capítulo anterior, nada obsta a que se retome neste passo o conceito de licenciamento compulsório, que consiste no poder

²⁴⁹ Idem, pp. 122 e 124.

²⁵⁰ Na mesma obra referida na nota de rodapé n° 169 (*Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios*). Trata-se agora do terceiro capítulo 3 da parte II, escrito em espanhol sob o título *Salud pública y patentes farmacéuticas: segundos usos* e que se estenda da página 153 à 181.

²⁵¹ No texto, o Acordo *TRIPs* é designado pela sigla em espanhol, *ADPIC*, dizendo os autores que sob “*el ADPIC, que permite a los países brindar mayor protección, los países miembros tienen libertad de decidir si permitirán o no el patentamiento de productos para primeros usos*” (p. 162).

²⁵² *Ibidem*. Os autores completam o seu pensamento afirmando tratar-se de “*interpretación peligrosamente amplia que se puede imponer en otros países a través del sistema de conciliación de disputas, mientras crece la competencia global en materia de biotecnología*”.

²⁵³ *Ibidem*. Ressaltam os autores que o citado artigo 27.3, a, constitui uma exceção, ensejando a exclusão dos novos usos como matéria patenteável. E arrematam: “*Asimismo, los nuevos usos se pueden excluir de la patentabilidad, en términos generales, por incumplimiento de los requisitos de patentabilidad en materia de novedad, aplicabilidad industrial o paso inventivo*”.

soberano de qualquer dos estados-membros utilizar uma patente sem a autorização do respectivo titular. Kevin Outterson observa que a respeito se costuma empregar, impropriamente, a expressão “quebra de patente”, uma vez que o licenciamento compulsório implica uma apropriação apenas parcial, continuando o titular a reter todos os direitos, com a mesma característica da oponibilidade a terceiros²⁵⁴. O autor ressalta que o licenciamento compulsório é compatível com o acordo *TRIPs*, de sorte que os países-membros da Organização Mundial do Comércio podem forçar o licenciamento quando o que se tiver em vista for a proteção da saúde pública, arcando com taxas de *royalties* modestas porquanto em geral se tratará de nações pobres. Outterson observa que a simples ameaça, por si só, de se impor o licenciamento compulsório tem-se mostrado eficaz na redução dos preços de aquisição, exemplificando com o programa brasileiro de anti-retrovirais no caso do HIV e AIDS. A atitude do governo brasileiro repetiu-se em 2005, ao apresentar proposta de licença compulsória de uma combinação de dose fixa de medicamentos de efeito anti-retroviral, levando a titular da patente, a empresa transnacional Abbott, a celebrar acordo por meio do qual reduziu voluntariamente os preços²⁵⁵. Parece indispensável, pois, citar a conclusão do autor:

Em suma, se o licenciamento compulsório para populações de baixa renda fosse dinamizado e amplamente expandido, pouco ou nenhum dano seria causado à inovação farmacêutica global, enquanto haveria uma grande melhoria no acesso global a medicamentos capazes de salvar vidas.

A Organização Mundial da Saúde tem preconizado a adoção de políticas públicas que se amoldem a essas orientações e não excluam o recurso à licença compulsória, de que, aliás, se valeu o governo brasileiro recentemente, como se comentará no último capítulo deste trabalho. Nada obstante, a licença compulsória, que o artigo 31 do Acordo *TRIPs* designa como “Uso sem Autorização do Titular”, está submetida a determinadas regras, enunciadas nesse mesmo dispositivo. Denis

²⁵⁴ Ainda a mesma obra de que trata a nota de rodapé nº 169, *Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios*, fazendo-se agora o estudo o segundo capítulo da parte II. O título da colaboração de Kevin Outterson é *Fair followers: expandindo o acesso a medicamentos genéricos para a população de baixa e média rendas*. O texto vai da página 133 à 152.

²⁵⁵ É o que se lê na página 142. O autor alude a demonstração de poder, que se exerce para, mediante o licenciamento compulsório, se propiciar o acesso a tratamento médico imprescindível à salvação de vidas humanas ou à preservação da saúde pública.

Borges Barbosa discorre sobre essas regras, explicando o seguinte²⁵⁶, em resumo: considera-se individualmente o pedido de licença, a qual poderá ser outorgada somente após o esgotamento das tentativas de se obter a autorização do titular em condições comerciais razoáveis. A amplitude e a duração da licença compulsória restringem-se à finalidade para que foi postulada, sendo certo que a licença não é exclusiva nem transferível, de sorte que se extinguirá quando as circunstâncias que a ensejaram deixarem de existir e for improvável sua recorrência. O titular da licença deverá ser remunerado, nas circunstâncias de cada licença e considerando-se o valor econômico da autorização, sem prejuízo do recurso cabível.

Barbosa alude às licenças de interesse público para ressaltar que, no tocante a elas, as regras acima resumidas não são todas aplicáveis, salientando exemplificativamente que não se exige o requisito da prévia solicitação, se bem que o da notificação imediata não pode ser dispensado²⁵⁷. A despeito desses critérios, é prudente não esquecer a norma geral contida no artigo 30 do Acordo *TRIPs*, sob o título “Exceções aos Direitos Conferidos”. Eis o seu enunciado, que tem a força de um princípio geral:

Os Membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros.

A Organização Mundial da Saúde não se afasta desse princípio geral, insistindo no melhor equacionamento possível das questões éticas relacionadas com a pesquisa científica, o progresso tecnológico, o avanço da medicina e a inclusão das pessoas carentes de todo o mundo no rol dos beneficiários dos novos recursos terapêuticos. Serão abordados, a seguir, três documentos da Organização, referentes à saúde pública, inovação e propriedade intelectual, à aplicação da

²⁵⁶ Veja-se o seu livro *Propriedade Intelectual – A aplicação do Acordo TRIPs*, Editora Lúmen Juris, 2ª ed., 2005, pp. 67 a 69.

²⁵⁷ “No caso de licença para reprimir abuso de poder econômico – prossegue -, deixa de ser aplicável não só essa prévia solicitação, quanto o requisito de exploração voltada ao mercado doméstico, a proporcionalidade da remuneração ao valor econômico da licença, e o requisito da limitação temporal – desde que a cessação da licença pudesse levar à volta do abuso” (p. 69).

legislação de patentes quanto aos vírus e genes da SARS e, finalmente, um texto da Comissão sobre Direitos de Propriedade Intelectual, Inovação e Saúde Pública²⁵⁸.

No primeiro deles se observa que os países em desenvolvimento ainda permanecem, em grande parte, excluídos dos benefícios da ciência, representados por um amplo progresso nos campos da prevenção, diagnose e tratamento das doenças. Envoltos num ciclo de pobreza e enfermidade, os povos dos países mais duramente atingidos defrontam-se com duas realidades desalentadoras, menos expectativa de vida e declínio econômico. Por isso a Organização Mundial da Saúde tem-se empenhado em, por meio de suas resoluções, solucionar a questão do melhor acesso das populações pobres aos benefícios da assistência médica. Os países-membros solicitaram à Organização, em maio de 2006, a instituição de um Grupo Intergovernamental de Trabalho sobre Saúde Pública, Inovação e Propriedade Intelectual²⁵⁹, incumbido de elaborar uma estratégia global e um plano de ação voltado para os países em desenvolvimento, verificando suas condições essenciais de saúde e o grau em que cada um é afetado. Tal plano de ação global deverá ser apresentado à Assembléia Mundial da Saúde em meados de 2008.

O segundo documento, embora referente a outra síndrome que não a AIDS²⁶⁰, encerra questões básicas e comuns a ambas as síndromes e quaisquer outras enfermidades epidêmicas a afetar populações carentes. Cuida-se do registro efetuado por cientistas do Canadá, Hong Kong e dos EUA em relação a patentes aplicáveis, no todo ou em parte, ao genoma do vírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave ou ao próprio vírus. Embora os fundamentos da solicitação de registro não tenham sido divulgados, é de se presumir que poderão postular direitos sobre os testes diagnósticos, remédios ou vacinas que já foram ou serão desenvolvidos para combater a epidemia. Nada obstante, outros institutos e corporações envolvidos na decodificação do genoma dessa síndrome anunciaram que não registrarão as aplicações de suas patentes, ao passo que ainda outros não se

²⁵⁸ Tais textos foram obtidos por meio da Internet, acessando-se o site <http://www.who.int/intellectualproperty/documents/thereport/questions/em/index.html>.

²⁵⁹ “*Intergovernmental Working Group on Public Health, Innovation and Intellectual Property*, designado pela sigla inglesa *IGWG*. Essa instituição, que em setembro de 2006 passou a contar com o auxílio de um *Secretariat for Public Health, Innovation and Intellectual Property*, realizou sua primeira sessão em Genebra, entre os dias 4 e 8 de dezembro daquele ano.

²⁶⁰ Trata-se da Síndrome Respiratória Aguda Grave (ou, em inglês, *SARS – Severe Acute Respiratory Syndrome*).

pronunciaram a respeito, se irão ou não fazer algum registro. Alguns laboratórios, universitários ou públicos, acabaram por registrar patentes por medida preventiva a fim de, por meio da preempção, obter direitos de propriedade intelectual aptos a desencorajar pesquisas ulteriores, se bem que alguns titulares, governamentais ou universitários, iniciaram negociações com parceiros particulares para o desenvolvimento de testes diagnósticos e outros produtos.

Objeta-se que as aplicações das patentes relacionadas com a síndrome em questão, no tocante ao vírus e seus genes, não podem ser objeto de registro porque são simples descobertas e não invenções propriamente. Mas, essa distinção entre descoberta e invenção já não mais impede a outorga de patente. Acresce que a nova postulação de patente não se refere ao vírus, mas ao seu isolamento, e, da mesma forma, não se refere à ocorrência do vírus e sim à identificação de sua seqüência genética. Muitas patentes sobre os vírus e seqüências genéticas foram questionadas, embora os critérios adequados, a seguir em tais casos, particularmente em se tratando de considerar o seqüenciamento genômico como mera rotina, sem a característica da invenção, ainda sejam objeto de controvérsias.

Como a Organização Mundial da Saúde se posiciona em tais situações? Seu posicionamento consiste em considerar que o avanço continuado contra a Síndrome Respiratória Aguda Grave – assim como contra a AIDS, pode-se inferir – pressupõe essencialmente que se mantenha o extraordinário espírito de colaboração global que permitiu a rápida identificação do novo vírus e o seqüenciamento do seu genoma. Por outro lado, o registro das aplicações de patentes por si só não impedirá a continuidade da colaboração científica relacionada com a síndrome em referência. O próprio registro preventivo de patentes, por laboratórios universitários ou públicos, pode representar uma legítima aspiração dos pesquisadores vinculados àquelas instituições, ensejando que suas descobertas, e bem assim as que, em decorrência se seguirem, sejam amplamente utilizáveis por outros pesquisadores, na esteira das tradições de colaboração da ciência biomédica.

Além dessas considerações, tem-se que a Organização Mundial da Saúde pretende monitorar os efeitos das patentes e das aplicações destas na mesma medida em que os testes diagnósticos, tratamentos e vacinas se forem desenvolvendo e se tornarem disponíveis ao uso terapêutico, sem perder de vista os

critérios segundo os quais os preços dessas tecnologias serão estabelecidos. A longo prazo, a maneira pela qual os direitos de propriedade intelectual relacionados com a Síndrome Respiratória Aguda Grave forem postulados terão relevante efeito sobre a disposição e voluntariedade dos pesquisadores e farmacêuticos da saúde pública em colaborar com vista a futuras ocorrências de novas doenças infecciosas. A Organização Mundial da Saúde examinará se os critérios de tal colaboração precisarão ser alterados para se assegurar o devido direito de propriedade intelectual, que a receita derivada desse direito seja aplicada adequadamente e que a legítima recompensa pelos esforços de pesquisa não imponha ônus demasiado ao empenho em se combater a epidemia mediante testes diagnósticos, terapias e medidas preventivas ao alcance de todos²⁶¹.

O último documento, emanado da Comissão sobre Direitos de Propriedade Intelectual, Inovação e Saúde Pública, Comissão essa instituída no âmbito da Organização Mundial da Saúde, relacionada determinadas questões, a que dá resposta. Começa por explicar o que é o relatório dessa mesma Comissão, dizendo que é o primeiro de tal natureza, requisitado pela Organização Mundial da Saúde e elaborado por uma comissão independente, nele se analisando a relação entre os direitos de propriedade intelectual e inovação, de um lado, e a saúde pública, de outro, mediante as evidências disponíveis e as perspectivas de diferentes investidores. Nele também se fazem recomendações, no sentido de se chegar a novos diagnósticos, vacinas e medicamentos necessários a populações vitimadas por epidemias nos países em desenvolvimento, e também no sentido de se facilitar o acesso à assistência médica nesses países. Esse relatório foi analisado pelos 192 membros da Organização Mundial da Saúde em sua 59ª Assembléia, realizada entre os dias 22 e 29 de maio de 2006.

A Comissão em referência foi instituída pelo diretor geral da Organização Mundial da Saúde em fevereiro de 2004, fazendo sua primeira reunião no seguinte

²⁶¹ Leia-se, no original, esse último tópico: *"In the longer term, the manner in which SARS patent rights are pursued could have a profound effect on the willingness of researchers and public health officials to collaborate regarding future outbreaks of new infectious diseases. WHO will therefore examine whether the terms of reference for such collaboration need to be modified to ensure that the credit for an intellectual property developed is appropriately attributed, that revenues derived from licensing such property are devoted to suitable uses, and that legitimate rewards for innovative efforts do not impose undue burdens on efforts to make tests, therapies, and preventive measures available to all"*.

mês abril. Ela foi incumbida de apresentar um relatório final, com propostas concretas, à mesa executiva da Organização Mundial da Saúde, abordando os seguintes tópicos: a) resumir as evidências de moléstias prevalentes no âmbito da saúde pública, enfatizando as que afetam populações pobres e lhes causam um impacto de natureza social e econômica; b) rever o volume e a distribuição dos esforços efetuados em termos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, visando àquelas moléstias; c) analisar a importância e a influência dos regimes de propriedade intelectual e outros incentivos e mecanismos de investimento no incentivo à pesquisa e desenvolvimento de remédios e outros recursos contra as referidas moléstias; d) avaliar as propostas de aprimoramento dos atuais incentivos e regimes de investimento, incluindo os direitos de propriedade intelectual como meio de estimular o desenvolvimento de remédios e outros recursos, bem como de facilitar o acesso a eles; e) apresentar propostas efetivas para a ação de investidores nacionais e internacionais. A Comissão iniciou os seus trabalhos mediante processos de consultas a investidores, coleta de evidências e comissionamento de estudos. As reuniões com investidores ocorreram em várias cidades, incluindo, quanto ao Brasil, a Capital Federal e o Rio de Janeiro. Foram organizados vários seminários (“*workshops*”) e um congresso (“*forum*”) em Genebra, no início do verão de 2005. A Comissão dispõe de “web site” e de um fórum para discussão eletrônica, meios com que estimula o diálogo e discussões produtivas, tanto que já obteve a adesão de quase 50 colaboradores, entre pessoas físicas e organizações. Acresce ter ela já comissionado 22 estudos, visando informar-se sobre o atual estágio de conhecimento das matérias a seu cargo e conseguir novas evidências.

O relatório de sua responsabilidade abarca seis capítulos, abordando estes assuntos: visão geral dos danos causados pela enfermidade e das questões estudadas no documento (capítulo 1); exposição sobre o estágio da pesquisa no desenvolvimento de produtos (capítulo 2); discussão sobre o estágio de desenvolvimento (capítulo 3); abordagem sobre o estágio de acessibilidade dos recursos disponíveis (capítulo 4); considerações sobre as políticas de aprimoramento da capacidade de inovação nos países em desenvolvimento (capítulo 5); conclusões e considerações sobre a necessidade de se proporcionar um melhor financiamento e uma maior sustentabilidade aos sistemas de incentivo à

pesquisa, diretamente voltados para as enfermidades que afetam, de maneira desigual, os países em desenvolvimento (capítulo 6).

Nessa conformidade, o relatório salienta determinados critérios ou princípios. Os direitos de propriedade intelectual constituem um incentivo outorgado pelo Estado para o fomento da inovação em vários campos do conhecimento. No campo específico da saúde pública esses direitos estão incluídos num conjunto de outros incentivos que influenciam o modelo de inovação, devendo ser vistos como parte de uma estrutura maior. Como é pequena e incerta a demanda comercial por diagnósticos, vacinas e medicamentos necessários ao enfrentamento de problemas de saúde que afetam, principalmente, países em desenvolvimento, o efeito incentivador dos direitos de propriedade intelectual pode ser limitado ou inexistente, impondo-se desenvolver outros mecanismos de incentivo e financiamento, bem como esforços de colaboração entre diferentes investidores. Sem acesso aos benefícios resultantes da inovação, possivelmente não haverá melhoria na saúde pública, de modo que um aspecto importante do relatório é a definição dos modos pelos quais aqueles benefícios poderão ser distribuídos equitativamente. Nos últimos anos se registrou um significativo avanço nas iniciativas particulares em desenvolver a inovação na esfera da assistência médica, mediante fundações e parcerias público-privadas. Nada obstante, ainda há muito por fazer. Há questões alusivas à propriedade intelectual que não foram ainda debatidas, a despeito de recente emenda ao Acordo *TRIPs* no sentido de ampliar o acesso a medicamentos em países com insuficiente capacidade industrial, bem como o impacto de direitos de exclusividade e de provisões sobre a propriedade intelectual em acordos comerciais. Urge também garantir a elevação do financiamento, estabelecendo-se uma base sustentável para a inovação, o acesso igualitário aos benefícios dela decorrentes e a criação de uma sinergia entre os diversos parceiros. Os Estados-membros devem assumir sua responsabilidade na consecução desses objetivos, assim como à Organização Mundial da Saúde cabe responsabilizar-se pela liderança nos esforços de se instituir um sistema de maior sustentabilidade e maior funcionalidade, bem como de solucionar as questões pendentes, desenvolvendo um plano global de ação apto a assegurar o aumento e a manutenção de fundos para a pesquisa e a tornar acessíveis, nas nações em desenvolvimento, todos os produtos resultantes dos avanços científicos.

Todos os membros da Comissão colaboraram para a elaboração do relatório ora comentado. Apesar de compromissos que refletiam diferentes pontos de vista, os membros da Comissão exerceram suas responsabilidades no âmbito de diversos campos, como os da indústria farmacêutica, parcerias público-privadas, esferas governamentais, instituições de pesquisa, agências regulatórias e medicamentos, daí decorrendo diferentes ênfases ou análises. Nada obstante, a Comissão aceitou o relatório como uma sólida contribuição para a continuidade do diálogo internacional e a consecução dos objetivos que ela própria havia estabelecido. Ao relatório acrescentaram-se adendos com as observações e conclusões de alguns membros da Comissão, comentários que também estão disponíveis no *website* desta.

O documento em exame termina com um tópico referente aos próximos passos, a serem dados agora pelos 192 Estados-membros da Organização Mundial da Saúde. No relatório preve-se, como visto, a criação de um grupo de trabalho intergovernamental para a discussão do seu texto e de uma minuta de resolução. Cumprida essa etapa, tanto o relatório como a minuta seriam apresentados à Assembléia que se realizou entre os dias 22 e 29 de maio de 2006, como também acima já se referiu.

A conclusão a que se pode chegar ao término deste capítulo é a seguinte: que valor justificaria todos esses esforços, em âmbito mundial, senão a dignidade da pessoa humana, que é um valor, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet, e um princípio normativo fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, “exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”²⁶².

²⁶² *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007, p. 87.

8 CONCLUSÃO

Como foi possível perceber ao longo desta dissertação, o direito da pessoa humana à saúde, como expressão fundamental de sua dignidade, constitui a diretriz da argumentação desenvolvida desde o primeiro capítulo. Viu-se que o direito à saúde está positivado na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a par do que se pode inferir que a Constituição projetou para o País a configuração de um Estado Social, ainda por edificar, pois o que se fez até o momento não permite que assim já se o considere.

E novamente a defesa da vida, enfim, constitui o pano de fundo dos estudos desenvolvidos. De fato, a ninguém ocorre objetar que o direito à saúde vincula-se, indissociavelmente, ao direito à vida, o primeiro dos direitos humanos, o primeiro dos direitos fundamentais, pois sem a vida, sem esse direito plenamente respeitado, não se há de cogitar dos demais.

Como acima assinalado, muito ainda há por fazer no Estado brasileiro em prol da saúde, e conseqüentemente da vida da pessoa humana, do cidadão e da cidadã deste País. A leitura diária dos jornais ou o assistir cotidiano dos noticiários televisivos mostra quanto ainda falta empreender para que o direito à saúde não seja apenas uma realidade jurídica, na esfera do direito positivo, mas também uma realidade prática do dia-a-dia, de toda e qualquer pessoa.

Essa a necessidade que se procurou enfatizar nesta dissertação. E foi por isso que se começou pelo esforço em demonstrar que o direito à saúde tem, sem nenhuma dissidência, os contornos de um típico direito humano. Tal foi o objeto do primeiro capítulo.

E como direito humano, o direito à saúde reflete, em suas vertentes, a dignidade da pessoa humana. Se antes já não se discutia a legitimidade desse direito, justamente em função da dignidade da pessoa humana, agora, com a Constituição em vigor, que expressamente inclui, entre os fundamentos deste Estado Democrático de Direito que é o Brasil, a dignidade da pessoa humana, já nada mais restava ao Constituinte senão inscrevê-lo entre os direitos fundamentais,

classificando-o como direito social. É o que se procurou demonstrar no segundo capítulo, que versa sobre a constitucionalização do direito em foco.

Na seqüência, tecidas várias considerações sobre a finalidade e os efeitos da constitucionalização, procedeu-se ao estudo da ordem constitucional em vigor, desdobrando-se tal estudo em quatro itens, para se ressaltar a abertura que a Constituição deu ao influxo dos direitos humanos, que a plena eficácia dos direitos humanos, entre eles a saúde, é imediata, para acenar com os resultados que se esperam da positivação do direito à saúde e com os meios judiciais postos à disposição para a exigência de cumprimento dos ditames constitucionais correlatos. Com isso se exauriu o terceiro capítulo.

Tendo-se chegado à conclusão de que se trata, a Constituição Federal de 1988, de Constituição que projeta a edificação de um Estado Social, dedicou-se o quarto capítulo ao estudo das características de um Estado dessa natureza, salientando-se a que se refere à postulação judicial dos direitos sociais, como ocorre no Brasil.

Abordou-se então, no quinto capítulo, a problemática alusiva ao abuso do poder econômico, vendo-se como a Constituição Federal reprime tal circunstância, e com que finalidade, bem como, no tocante à efetividade do direito à saúde, como se pode, usando-se de instrumentos legais, legitimados em acordo internacional, superar os empecilhos vinculados a dispêndios demasiado onerosos no emprego de medicamentos protegidos por patentes de invenção. Nesse mesmo capítulo abordou-se também a atuação do Poder Público, razão pela qual se entendeu necessário um estudo do conceito jurídico de política pública. Viu-se o que o Poder Público tem feito, e o que não, na esfera da saúde pública, tendo-se por oportuno colacionar acórdãos do Supremo Tribunal Federal, para mostrar os resultados das postulações judiciais acima referidas.

Por último, no sexto capítulo, discorreu-se sobre a Organização Mundial do Comércio, estudando-se um de seus documentos mais relevantes sobre a luta contra o HIV em todo o mundo, documento em que se abordam questões éticas vinculadas, como não poderia deixar de ocorrer, ao direito à saúde e ao direito à vida, direitos inalienáveis da pessoa humana, a merecer esforços conjuntos de todos

os países-membros, esforços de que depende, em cada qual, a salvação de muitas vidas.

Se o propósito era demonstrar a relevância do direito à saúde, como direito humano impostergável, e como desdobramento do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, demonstrando-se também a positivação desse direito no sistema constitucional vigente, este mestrandu crê ter chegado ao seu objetivo, apoiado em fundamentos respeitáveis.

Em termos críticos, todavia, e lembrando que o propósito emanado da Constituição Federal, no particular alusivo ao tema desta dissertação, cabe neste passo formular alguns questionamentos. Por que não se caminhou o suficiente na esfera da efetivação do direito à saúde? Uma primeira proposição é lembrar que ainda se depara no País um dilema de fundo político, impedindo que as projeções constitucionais concernentes à saúde se concretizem com a rapidez que seria de rigor, mediante a elaboração de um aparato estritamente jurídico e administrativo. Subsiste forte tensão entre Estado e mercado, entre a propriedade privada e os valores da dignidade humana. Tal tensão enseja as contradições que se mostram não apenas no cenário brasileiro, mas também no mundial. Viu-se que a Organização Mundial da Saúde, insistindo na formulação de questões éticas, para as quais propõe soluções consentâneas, legitima o posicionamento do Estado brasileiro, exposto em sua legislação, em suas políticas de saúde e na jurisprudência resultante das demandas pela efetivação do direito à saúde.

Nada obstante, os problemas derivados da mercantilização, que também abrange os produtos necessários às políticas e programas de saúde pública, e afeta o acesso de todas as pessoas, qualquer que seja sua condição em termos de poder aquisitivo, aos avanços da tecnologia médica e do desenvolvimento contínuo de novos medicamentos, se fazem presentes, e também sob o pálio da Constituição Federal, que assegura o direito de propriedade, a livre iniciativa e a concorrência. Fazem-se presentes, da mesma forma, os dilemas do Estado de Bem-Estar, que passa por crises até nas economias estáveis da Europa e América do Norte.

Diante de tais conflitos de interesse e dificuldades de equilibrar os orçamentos dos Estados Sociais, urge, evidentemente, estabelecer prioridades, à frente das

quais se devem pôr os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, de sorte que, guardadas a legitimidade de ação de cada, em havendo colidência de interesses entre instituições como a Organização Mundial da Saúde e a Organização Mundial do Comércio, quando estiver em jogo a saúde e a vida das pessoas humanas a dogmática jurídica, em especial a vinculada ao Acordo *TRIPs*, terá de sofrer atenuações, valendo-se os Estados, particularmente o brasileiro, dos instrumentos existentes nesse próprio acordo e nele instituídos exatamente para levar a tais abrandamentos do rigor dogmático.

No âmbito das questões orçamentárias, que hoje afligem os Estados Sociais, importa, reiterar-se, estabelecer prioridades, o que pressupõe atuação política mais consistente no sentido de se elaborar um adequado, factível e coerente plano de desenvolvimento nacional, valorizando-se em primeiro lugar a pessoa humana, para que possa plenamente sentir-se como tal e realizar todas as potencialidades inerentes à própria personalidade.

Um primeiro passo nesse sentido deve ser o empenho em se alterar a realidade social e econômica do País, sanando-se os desequilíbrios macroeconômicos e os entraves originados do próprio Poder Público e que lhe dificulta o desenvolvimento eficaz de políticas sociais. Outra iniciativa que se percebe tem sido já tomada, esperando-se, quiçá, se possa estugar o passo, encontra-se na esfera da consciência da cidadania, levando a postulações judiciais constantes, seguidas e intensas, demandando a efetivação dos direitos positivados na Constituição Federal. Correlatamente, a expectativa é que o Poder Judiciário compreenda o sentido de tais demandas e mantenha a orientação jurisprudencial salientada nesta dissertação.

Deve-se, pois, intensificar o processo que interliga os direitos civis, políticos e sociais, restringindo-se a valorização do mercado, ou seja, colocando-a no seu devido lugar para atender aos ditames constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa, mas o efeito diminuir o Estado além dos limites necessários e compatíveis com suas finalidades essenciais, voltadas exatamente para a promoção e valorização da pessoa humana. Com isso se que dizer que a questão do neoliberalismo deve ser revista sob esse aspecto dos valores da dignidade humana,

reforçando-se o ideal de igualdade, para que esta não fique apenas no plano formal, mas adentre, de fato, o plano material também.

Não se preconiza a desconsideração do capital, mas, sim, que ele se submeta aos valores acima mencionados. Não se compreende o afã em se conseguir índices econômicos positivos se a tais consecuições não se seguir o progresso social. Menos ainda se o compreenderá se o avanço positivo de tais índices se der a expensas da população. Não se nega, todavia, que ao Direito tem sido reservado, e ele o está cumprindo satisfatoriamente, o mister de influir no processo de mudança social e de restringir o poder econômico aos limites determinados pela Constituição Federal. Daí que o reforço da cidadania é imprescindível, para que ela efetivamente alcance as condições materiais necessárias ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle (Coordenadora). *Direitos Humanos & Poder Econômico – Conflitos e Alianças*. Vários autores. Curitiba. Juruá Editora. 2005.

BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual – A aplicação do Acordo TRIPS*. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Juris. 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado*. Em *Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. Vários autores. BUCCI, Maria Paula Dallari (Organizadora). São Paulo. Editora Saraiva. 2006, páginas 143 a 161.

_____. _____. *Constituição e Política: uma relação difícil*. Em *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, nº 611, 2004.

BONAVIDES, Paulo. 20ª edição. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Malheiros Editores. 2007

BUCCI, Maria Paula Dallari (Coordenadora). *Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo. Editora Saraiva. 2006. *O conceito de política pública em direito*. Primeiro capítulo do livro, escrito pela coordenadora, páginas 1 a 49.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra. Portugal. Edições Almedina. 2003.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas*. Em *1988 – 1998 Uma década de Constituição*. Vários autores. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Organizadora). Livraria e Editora Renovar. 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo. Companhia das Letras. 2006.

_____. _____. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo. Editora Saraiva. 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Volume VIII (artigos 170 a 232). 2ª edição. Forense Universitária. 1993.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editores. 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública*. Em *Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. Vários autores. BUCCI, Maria Paula Dallari (Organizadora). São Paulo. Editora Saraiva. 2006, páginas 247 a 266.

DOMINGUES, Renato Valladares. *Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos no Sistema da Organização Mundial do Comércio: A Aplicação do Acordo Trips*. São Paulo. Lex Editora. 2005.

DUARTE, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e políticas educacionais*. Em *Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. Vários autores. BUCCI, Maria Paula Dallari (Organizadora). São Paulo. Editora Saraiva. 2006, páginas 267 a 278.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002.

FARIA, José Eduardo (Organizador). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1ª edição, 4ª tiragem. São Paulo. Malheiros Editores. 2005.

GIDDENS, Anthony (Organizador). *O debate global sobre a terceira via*. 1ª edição. São Paulo. Editora Unesp. 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2007.

GUIMARÃES, Maria Lúcia de Barros T. Vaz. *Propriedade Intelectual e o direito à saúde no Brasil: uma análise da licença compulsória na Lei nº 9.279/96 e no Decreto nº 4.830/03*. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Pugliesi. 2005.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. – 2005.

HERINGER, Astrid. *Patentes Farmacêuticas – Propriedade Industrial no Contexto Internacional*. 1ª edição (2001), 4ª tiragem (2007). Curitiba. Juruá Editora. 2007.

HERRERA, Carlos Miguel. *État social et droits sociaux fondamentaux* (trabalho apresentado no *Colloque International "État et Regulation Sociale – Comment penser la coherence de l'intervention publique?*, que se realizou nos dias 11, 12 e 13 de setembro de 2006, no *Institut National d'Histoire de l'Art*, em Paris).

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1994.

MADELEY, John. *O Comércio da Fome*. Petrópolis. Editora Vozes. 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conceito Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2006.

PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*. Volume 7º (artigos 193 a 245). São Paulo. Editora Saraiva. 1995.

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. Rio de Janeiro. Elsevier Editora. 2000.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 8ª edição (revista, atualizada e ampliada). São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2005.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas e POLIDO, Fabrício (Organizadores). *Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro. Elsevier Editora Ltda. 2007.

ROBERT, Jacques. *Droits de l'homme et libertés fondamentales* (com colaboração de DUFFAR, Jean). 5ª edição. Paris. Montchrestien.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2007.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro. Editora Record. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2007.

_____. _____ *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *As Constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental*. Em *1988 – 1998 Uma década de Constituição*. Vários autores. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Organizadora). Livraria e Editora Renovar. 1999.

VIEIRA, José Ribas. *A Constituição Federal de 1988 e um modelo de Direitos Fundamentais Incompleto*. Em *1988 – 1998 Uma década de Constituição*. Vários autores. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Organizadora). Livraria e Editora Renovar. 1999.

Repositórios de Jurisprudência:

Revista dos Tribunais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Volume 786. Abril de 2001. Páginas 210 a 216.

_____. _____ São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Volume 788. Junho de 2001. Páginas 368 a 370.

_____. _____ São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Volume 806. Dezembro de 2002. Páginas 182 a 185.

_____. _____ São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Volume 807. Janeiro de 2003. Páginas 418 a 420.

Sítes utilizados na pesquisa eletrônica:

http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_inter/pacto_dir_políticos.htm

http://www.aids.gov.br/legislação/vol1_2.htm

http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_2.html

<http://www.servidorpublico.net/noticias/2007/05/06/histórico-do-programa-nacional-de-dst-e-aids>

<http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMISF7EAC55APTBRIE.htm>

<http://www.aids.gov.br/final/biblioteca/legislação/prefácio.htm>

<http://www.stf.gov.br/legisla%C3%A7%C3%A3o/constituicao/pesquisa/artigoBd.asp>.