



A HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E A PROJEÇÃO PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE HORIZONTALITY OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS TO HEALTH AND THE PROJECTION BEFORE THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Daniela Menengoti Ribeiro

Professora e pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Doutora em Direito-Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne. Bolsista CNPq no mestrado e no doutorado. Mestre em Direito-Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Aluna convidada no Mestrado em Integrazione Europea da Università Degli Studi Padova, Itália. Especialista em Comercio Internacional y Inversiones, pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (USFC). Aperfeiçoamento em Marchés Internationaux de Produits Agricoles pela École Supérieure d'Agriculture d'Angers, França. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (Cesumar). Dentre suas linhas de pesquisa estão: Direito Internacional (Público e Privado), Direitos Humanos, Desenvolvimento Humano e Econômico. Colaboradora do blog: pretextointernacional.blogspot.com E-mail: daniela.menengoti@gmail.com

Rogério Gesta Leal

possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1987), mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1997) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Atualmente é professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor e pesquisador do programa de pesquisa, extensão e pós-graduação da UNOESC. É Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados Brasileiros - ENFAM, e membro da Rede de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Conselheiro Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador Executivo do Comitê de Gestão da Rede dos Observatórios do Direito à Verdade, à Memória e à Justiça das Universidades Brasileiras e membro da Comissão de Altos Estudos do Centro de Referência Memórias Reveladas. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: estado-direito administrativo-

sociedade, hermenêutica - direito - estado democrático de dir, direito de construir - urbanismo - direito, direito urbanístico - urbanismo - função social da e constituição - cidadania. E-mail: gestaleal@gmail.com

Resumo

O presente ensaio aborda o tema do direito fundamental diante da sua dimensão protetiva que ultrapassa interesses meramente individuais, e do consenso do dever do poder público em organizar-se para cumprilos, visando o respeito a dignidade humana e a fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e às garantias fundamentais. Nesta perspectiva, questionará sobre a parcela de responsabilidade que o cidadão (em suas demandas individuais) tem em face de tais direito, buscando defender, a partir da análise de caso concreto que toma como exemplo o direito à saúde, que é um dever de todos garanti-lo. Com base nessas reflexões, buscar-se-á verificar a projeção internacional de defesa desses direitos negados no âmbito nacional.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde; horizontalidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos

Abstract

This paper addresses the issue of the fundamental right before its protective dimension that goes beyond merely individual interests, and the consensus that it is the government duty to organize itself in order to comply with them, aiming at respecting the human dignity and strengthening the respect for the human rights and the fundamental guarantees. In this perspective, it will question on the citizen's share of responsibility (in his or her individual demands) in the face of such rights, seeking to defend that guaranteeing it is a duty of all. To this end, it makes an analysis of a specific case that takes as an example the right to health. Based on these reflections, it will try to verify the international projection of these nationally denied rights defense.

Keywords: Fundamental rights to health; Horizontality; Inter-american Court of Human Rights

1. INTRODUÇÃO

A saúde é direito fundamental social assegurado no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, e é tratada de forma específica no capítulo II do título VIII intitulada “Da ordem social”. E, no momento em que a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art.196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, não há como negar que tal dever é relacional e condicionado a garantia de acesso universal e igualitário (a todos) das ações consectárias nesta direção.

No mesmo sentido estabelece o artigo 2º da Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, ao afirmar que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as

condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Por tais razões, pode-se afirmar que o tema da saúde pública envolve uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade da vida humana: a saúde. Enquanto princípio fundante de todo o sistema jurídico - a iniciar pelo constitucional -, tem-se que a vida humana digna espelha e se vincula ao ideário político, social e jurídico predominante no país, ao mesmo tempo em que, na condição de princípio fundamental, em face de sua característica de aderência, ele opera sobre os comportamentos estatais ou particulares de forma cogente e necessária. Assim: (a) todas as normas do sistema jurídico devem ser interpretadas no sentido mais concordante com este princípio; (b) as normas de direito ordinárias desconformes à constituição e seus princípios fundacionais (dentre os quais destaco o sob comento), não são válidas.¹

Justifica-se tal postura em face de que a saúde como condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, em verdade, passa a constituir o *indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial*,² porque se afigura como uma das condições indispensáveis à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Na verdade, estes postulados estão dispersos ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão vinculados a estes indicadores norteadores da República, eis que eles vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

De outro lado, as ações públicas voltadas à densificação material deste direito de todos – à saúde – integram, de acordo com o disposto no artigo 198, CF/88, um sistema único em todo o país, financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes.

No âmbito do dever público para alcançar os meios necessários à preservação da saúde, o que se deve ter em conta são os critérios utilizados para determinar quem efetivamente necessita e quem não precisa do auxílio do Estado para prover suas demandas a este título, o que de plano se sabe não existir ao menos em *numerus clausulus*, porque impossível sua matematização em face da natureza complexa e mutável.

Assim, os casos envolvendo prestação de saúde pública submetido ao Estado são merecedores de uma apreciação e ponderação em face de, no mínimo, duas

¹ LEAL, Rogério Gesta. A Efetivação do Direito à Saúde – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Vol.6. LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1525. Ver também o texto de Rogério Gesta Leal *Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 e a obra: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

² Esse argumento é desenvolvido no livro: LEAL, Rogério Gesta Leal. *Estado, Sociedade e Administração Pública: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

variáveis necessárias: (a) a variável normativa-constitucional e infraconstitucional, enquanto direito fundamental assegurado à sociedade brasileira; (b) a variável da responsabilidade institucional e familiar dispostas na estrutura normativa constitucional e infraconstitucional brasileira.

2. OS POSSÍVEIS CONSENSOS SOBRE OS DEVERES FUNDAMENTAIS À SAÚDE NO BRASIL

Ao analisar as variáveis normativa-constitucional e infraconstitucional, enquanto direito fundamental assegurado à sociedade brasileira; e da responsabilidade institucional e familiar dispostas na estrutura normativa constitucional e infraconstitucional brasileira, estar-se-á aferindo, primeiro, a natureza axiológico-constitucional do mandamento normativo sob comento, tendo ciência que ele se dirige a toda a comunidade, e não uma parcela dela (os mais doentes, ou somente aqueles que possuem enfermidades letais, ou somente os que necessitam de farmacológicos curativos, etc.). E, em segundo, de que forma o sistema jurídico atribui responsabilidades envolvendo esta matéria.

Significa dizer que, quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, é importante que se visualize a demanda social e universal existente, e não somente a contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente aqueles que ocorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), corre-se o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, muitas vezes pela falta de recursos para fazê-lo.³

Para tal raciocínio, utiliza-se o que Konrad Hesse chama de *princípio da concordância prática ou da harmonização*, o qual impõe ao intérprete do sistema jurídico que os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto.⁴ Tal princípio parte da noção de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais; destarte, o resultado do ato interpretativo não pode ser o sacrifício total de uns em detrimento dos outros. Deve-se, na interpretação, procurar uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionalmente tutelados.

A partir de tais elementos, mister é que se perquirira se efetivamente é o Estado o único garantidor/concretizante do direito à saúde para todos os cidadãos, independente de precisarem ou não da prestação estatal para tanto.

Nas palavras de Canotilho, sobre tais direitos é preciso se dar conta de que:

³ Além disto, é preciso lembrar que “*the Courts are not well positioned to oversee the tricky process of efficient resource allocation conducted, with more or less skill, by executive agencies, nor are they readily able to rectify past misallocations. Judges do not have the proper training to perform such functions and they necessarily operate with inadequate and biased sources of information.*” In: ALENIKOFF, T. Alexander. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. Yale Law Journal, nº 96, 1987, p. 982.

⁴ HESSE, 2001, p.119. O autor defende que na interpretação constitucional, deve-se dar primazia às soluções ou pontos de vista que, levando em conta os limites e pressupostos do texto constitucional, possibilitem a atualização de suas normas, garantindo-lhes eficácia e permanência constante.

Acresce que o facto de se reconhecer um direito à vida como direito positivo a prestações existenciais mínimas, tendo como destinatário os poderes públicos, não significa impor como o Estado deve, *prima facie*, densificar este direito. Diferente do que acontece no direito à vida na sua dimensão negativa - não matar -, e na sua dimensão positiva – impedir de matar -, aqui, na segunda dimensão, positiva, existe um relativo espaço de discricionariedade do legislador (dos poderes públicos) quanto à escolha do meio (ou meios) para tornar efectivo o direito à vida na sua dimensão existencial mínima.⁵

O autor português adverte com acerto que aquele espaço de discricionariedade não é, todavia, total, haja vista que existem *determinantes constitucionais heterônomas* que vinculam os poderes instituídos, como a dignidade da vida humana, por exemplo.

De qualquer sorte, o direito à saúde, enquanto direito fundamental constitucionalizado, dever do Estado, em primeiro plano, que é a todos garantido, configura-se como verdadeiro direito subjetivo, outorgando fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não tem obrigatoriedade como resultado de uma decisão individual. Diz-se direito subjetivo *prima facie* pelo fato de que, conforme Canotilho, não é possível resolvê-lo em termos de tudo ou nada,⁶ e também pelo fato de constituírem, numa certa medida e na lição de Dworkin, direitos abstratos, isto porque representam:

Finalidade políticas gerais, cujo enunciado não de que maneira se tem comparado o peso dessa finalidade geral, com a de outras finalidades políticas, em determinadas circunstâncias, ou que compromissos há de se estabelecer entre elas. Os grandes direitos da retórica política são abstratos neste sentido. Os políticos falam de direito da liberdade de expressão, à dignidade e à igualdade, sem que isso implique que tais direitos sejam absolutos, e sem fazer referência a sua incidência sobre determinadas situações sociais complexas.⁷ (Tradução livre)

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 58.

⁶ Aduz Canotilho que: “A questão da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), da ponderação necessária a efectuar pelos poderes públicos (*Abwägung*) relativamente ao modo como garantir, com efectividade, esse direito (optimização das capacidades existentes, alargamento da capacidade, subvenções a estabelecimentos alternativos) conduz-nos a um tipo de direito *prima facie* a que corresponde, por parte dos poderes públicos, um dever *prima facie*” In: CANOTILHO, 2004, p. 66. Ver neste sentido a reflexão de SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, notadamente na p. 304, em que o autor sustenta estar esta reserva do possível parametrizada por três variáveis, a saber: (a) dizendo com a efetiva disponibilidade fática dos recursos à efetivação dos direitos fundamentais; (b) dizendo com a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão à distribuição das receitas e competências federativas (tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); (c) dizendo com a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade.

⁷ “Finalidades políticas generales cuyo enunciado no indica de qué manera se ha de comparar el peso de esa finalidad general con el de otras finalidades políticas, en determinadas circunstancias, o qué compromisos se han de establecer entre ellas. Los grandes derechos de la retórica política son abstractos en este sentido. Los políticos hablan de derecho a la libertad de expresión, a la dignidad o a la igualdad, sin dar a entender que tales derechos sean absolutos, y sin aludir tampoco a su incidencia sobre determinadas situaciones sociales complejas.” DWORKIN, Ronald. Tomando los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1989, p.162. Denomina o autor de direitos concretos *son finalidades políticas*

E por que não se pode resolver tal matéria em termos de tudo ou nada? Pelo fato de que ela envolve outro universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc. Todos estes condicionantes, por sua vez, encontram-se dispersos em diferentes atores institucionais, com competências e autonomias reguladas também pela Constituição.

Por tais razões é que o Superior Tribunal de Justiça no Brasil já teve oportunidade de dizer que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, “comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.⁸

Vale aqui a advertência de Mario Jori, no sentido de que:

[...] o problema aqui não é só a falta de uma suficiente especificação legislativa ou a falta de norma que institua o tribunal competente, analisado corretamente a partir da teoria de Ferrajoli como a presença de uma lacuna jurídica, mas a falta de estruturas materiais e organizacionais e materiais que possam implementar o direito.⁹
(tradução livre)

Concorda-se com Canotilho na sua tese de que há em países de significativa desigualdade social e profundas demandas pela implementação de direitos sociais certa *introversão estatal da socialidade*, ou seja:

definidas con mayor precisión de manera que expresan más claramente el peso que tienen contra otras finalidades en determinadas ocasiones. Num texto mais recente DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006, o autor ratifica esta sua tese.

⁸ É bem verdade que, nesta mesma decisão, manifestou-se o STJ no sentido de reconhecer que *não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.* REsp 811608/RS; Recurso Especial nº2006/0012352-8. 1ª Turma, Relator Min. Luis Fux, julgado em 15/05/2007, publicado no DJ 04.06.2007 p. 314.

⁹ “[...] qui il problema non è solamente la mancanza di una sufficiente specificazione legislativa o la mancanza della norma che istituisca il tribunale competente, visto correttamente dalla teoria di Ferrajoli come la presenza di una lacuna giuridica, ma la mancanza di strutture materiali e organizzative che possano implementare il diritto.” In: JORI, Mario. *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*. In FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008, p.80. Adverte o autor em seguida de uma perspectiva ferrajoliana trabalha com uma noção de “*garanzie sostanziali: ciò che manca in questi casi nell’ordinamento giuridico sono norme atte a risolvere efficacemente questo tipo di problemi materiali.*”

1. os direitos sociais implicam o dever de o Estado fornecer as prestações correlativas ao objeto destes direitos; 2. os direitos sociais postulam esquemas de unilateralidade, sendo que o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos; 3. os direitos sociais eliminam a reciprocidade, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve na burocracia prestacional a visibilidade dos actores e a eventual reciprocidade da troca.¹⁰

Todavia, este modelo não se sustenta mais, sendo tempo de se descobrir os contornos da reciprocidade concreta e do balanceamento dos direitos sociais, até porque tais direitos envolvem patrimônio de todos quando de sua operacionalidade e concreção, e já que a todos são dirigidas tais prerrogativas, deve-se perquirir sobre a quota parte de cada um neste mister, sob pena de constituir-se o que o jurista lusitano denomina de uma *aproximação absolutista ao significado jurídico dos direitos sociais*, ou seja, confiar na simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, através de procedimentos hermenêuticos, deduzir a afetividade dos mesmos direitos, produzindo resultados pouco razoáveis e racionais.

Com base neste raciocínio que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada em Recurso Extraordinário¹¹, relativo ao fornecimento de medicamento de alto custo a paciente do Estado do Rio Grande do Norte, às expensas daquele Estado, questionando se a situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença, razão pela qual destacava a necessidade do pronunciamento do Supremo em relação aos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198 da Constituição Federal, revelando o alcance do texto constitucional.

Evidente que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde, eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima, e por isto sujeitos ao controle jurisdicional para fins de se aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais neste sentido, devendo inclusive ser aprimorados os parâmetros, variáveis, fundamentos e a própria dosimetria de sua concretização.¹²

Não se afigura simples, pois, trazer-se à colação argumentos do tipo *princípio da não reversibilidade das prestações sociais*, ou o *princípio da proibição da evolução reacionária*, como fórmulas retóricas e mágicas para poder garantir, a qualquer preço – que nem se sabe o qual -, tudo o que for postulado por segmentos da comunidade (indivíduos) em termos de saúde, pelo simples fato de que o Estado está obrigado a tanto, isto porque o desafio da bancarrota da previdência social, o *desemprego*

¹⁰ CANOTILHO, 2004, p.102.

¹¹ Recurso Extraordinário n. 566.471-6, originário do Estado do Rio Grande do Norte.

¹² Na mesma linha de raciocínio John Rawls define a proteção do mínimo social com o objetivo de garantir uma igualdade de oportunidades, dependendo do governo para “assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas emotivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público”. In: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 213.

*duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.*¹³

Cristina Queiroz sustenta que a garantia de uma proteção efetiva do direito jusfundamental não resulta criada a partir da legislação ou política pública aprovada, mas vem posta através da *atuação da legislação*, daqui advindo a noção de dever de proteção jurídico-constitucional - pressuposto quer do Legislador, quer do Administrador Público, quer do Judiciário -, caracterizando-se como verdadeiro dever positivo do Estado em face do titular do direito como um direito de defesa em sentido material. “Por sua vez, o dever de proteção do Estado, uma vez dimanada a lei de proteção, converte-se, face ao titular do direito, num direito de defesa em sentido formal.”¹⁴

Daí que se propõe uma leitura mais integrada deste dever estatal para com o universo que ele alcança, ou seja, direito social da população como um todo que envolve, inclusive, co-responsabilidades societárias importantes (constitucionais e infraconstitucionais). Neste sentido, pode-se citar, por exemplo: (a) do dever da família (da sociedade e do Estado) em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, a dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão;¹⁵ (b) os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, **carência ou enfermidade**;¹⁶ (c) a família (a sociedade e o Estado) tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o **direito à vida**.¹⁷

Com tal perspectiva já se pôde asseverar que a prestação alimentar não deva subsistir até os 21 anos, mas estender-se, com base no princípio da solidariedade familiar, além da maioridade.¹⁸ Como o Novo Código Civil Brasileiro reduziu para dezoito anos o começo da maioridade, com maior razão este entendimento se justifica.¹⁹

¹³ CANOTILHO, 2004, p. 112. Ver no Brasil, uma boa abordagem do tema em DERBLI, Felipe. *Proibição de Retrocesso Social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988*, 2007, p. 433 e ss.

¹⁴ QUEIROZ, Cristina. *O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.70. Todavia, a própria autora reconhece no mesmo texto, quando trata do princípio do não retrocesso social em termos de Direitos Fundamentais Sociais, que: “Mas haverá aí fundamentalmente de distinguir entre uma reversibilidade fáctica, relativa a recessões e crises económicas, da proibição do retrocesso social propriamente dito, isto é, a reversibilidade dos direitos adquiridos como ocorre, v.g., quanto se reduzem os créditos da segurança social, o subsídio de desemprego ou as prestações de saúde.” p. 74. Na mesma direção: SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

¹⁵ Art. 227, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶ Art. 229, da Constituição Federal de 1988.

¹⁷ Art. 230, da Constituição Federal de 1988.

¹⁸ In RT, 698/156; 727/262.

¹⁹ Neste sentido, ver o texto de: SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Os alimentos no novo Código Civil. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. nº 16 - jan-fev-mar/2003, p. 12. Neste texto, o autor lembra que a

Mesmo no plano da infraconstitucionalidade, temos como deveres familiares - notadamente entre os cônjuges -, dentre outros, a mútua assistência e o sustento dos filhos, sendo que eles são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família, qualquer que seja o regime patrimonial.²⁰ Ao lado disto, ainda é de se ressaltar que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros, pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, nos termos do art. 1.694, do novo Código Civil Brasileiro. Veja-se que, quando faltam neste dever, os familiares podem ser enquadrados inclusive nas disposições do art. 244, do Código Penal, que disciplina:

Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.²¹

Mesmo nas situações em que as famílias se desconstituem, fenômeno acelerado em nossa época, a legislação infra-constitucional confirma o disposto no Texto Político de 1988, ao assegurar que o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar, sendo que para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos. Para assegurar o pagamento da pensão alimentícia, o juiz poderá ainda determinar a constituição de garantia real ou fidejussória, ou mesmo que a pensão consista no usufruto de determinados bens do cônjuge devedor. Ainda, a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor.²²

De certa forma a doutrina e jurisprudência brasileiras têm operado muito bem na direção de demarcar um conceito de alimentos conforme à Constituição, ou seja, atenta para o fato de que “o direito a alimentos deve corresponder não somente ao indispensável para a subsistência, mas também ao que for necessário para o

extensão e a característica da reciprocidade da obrigação alimentar encontram-se previstas nos arts. 1.696 e 1.697, que repetem, ipsis litteris, o que já dispunham os arts. 397 e 398, do Código de 1916. Assim, a obrigação alimentar, pela ordem, fica limitada, em primeiro lugar, aos ascendentes, depois aos descendentes e, por fim, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (art. 1.697). Observe-se que na linha reta, seja ascendente ou descendente, não há limitação de grau, ao passo que na colateral resta limitada ao grau mais próximo (irmão). Em cada linha, sempre os mais próximos em grau devem ser chamados em primeiro lugar, sendo a obrigação alimentar dos parentes mais remotos subsidiária e complementar. Isto é, vem depois da dos mais próximos e limita-se a completar o valor que por estes possa ser prestado.

²⁰ Consoante as disposições dos arts. 1566 e 1568, ambos do novo Código Civil Brasileiro. Ver o texto de OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

²¹ Redação dada pela Lei nº 10.741, de 01.10.2003, DOU de 03.10.2003, com efeitos a partir de 90 dias da publicação. A pena prevista aqui é detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País, consoante a redação dada pela Lei nº 5.478, de 25.07.1968.

²² Consoante disposições dos arts. 19, 20, 21 e 23, da Lei nº 6.515/77.

alimentando viver de modo compatível com sua condição social”²³.

Veja-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul há muito tempo já teve oportunidade de dizer que:

o deve a obrigação alimentar ser fixada de modo a incluir, também, valores gastos pela alimentada com saúde, não se mostrando possível a escolha do plano de saúde que será pago pelo alimentante, bem como devendo ser retirada a condenação do alimentante ao pagamento de multa pela sua não inclusão em referido plano.²⁴

A Constituição Estadual do Rio Grande do Sul de 1989, no seu artigo 241, que dispõe sobre a saúde em seu território, a partir, por certo, da dicção da Constituição Federal de 1988, determina que:

Art. 241 - A saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação.
Parágrafo único - O dever do Estado, garantido por adequada política social e econômica, **não exclui o do indivíduo, da família e de instituições e empresas que produzam riscos ou danos à saúde do indivíduo ou da coletividade. (grifou-se)**

Ou seja, o Estado do Rio Grande do Sul introduziu em sua Constituição a participação do indivíduo e de sua família no custeio da saúde pública, sendo que, com base nestes pressupostos, foi editada a Lei-RS nº 9.908/93, determinando que o Poder Público estadual deve fornecer medicamentos especiais ou excepcionais aos seus cidadãos, desde que comprovem o seu estado de carência e também de sua família:

Art. 2º - O beneficiário deverá comprovar a necessidade do uso de medicamentos excepcionais mediante atestado médico.
Parágrafo único - Além do disposto no "caput" deste artigo, o beneficiário deverá comprovar por escrito e de forma documentada, os seus rendimentos, bem como os **encargos próprios e de sua família**, de forma que atestem sua **condição de pobre**.

Mas como se fará a aferição de quem efetivamente necessita e quem pode contribuir para o atendimento da demanda de saúde no caso concreto? Por via simétrica – respeitada sempre a urgência e especificidades da matéria – à forma e prova judiciária que instrumentalizam os feitos que envolvem a efetivação de

²³ TJPE – AgRg 93939-5/01 - Rel. Des. Leopoldo de Arruda Raposo - DJPE 29.10.2003. Na mesma direção os trabalhos clássicos de: GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951, p. 1.287; BORDA, Guillermo A. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 403. De igual forma as decisões jurisprudenciais antigas e recentes no país: RE 102877, STF, 2ª T., Rel. Min. DJACI FALCÃO, J. 14.09.1984; REsp 184807/SP, STJ, 4ª T., Rel. Min. BARROS MONTEIRO, J. 24.09.2001.

²⁴ Apelação Cível Nº 70007665268, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 20/05/2004.

obrigações alimentares, oportunizando e reivindicando a demonstração da necessidade do enfermo e a possibilidade de contribuição para o atendimento da demanda dos seus familiares, tomando aqui como referência os vínculos parentais estatuídos pelo próprio sistema jurídico, a saber:

A extensão e a característica da reciprocidade da obrigação alimentar encontram-se previstas nos arts. 1.696 e 1.697, que repetem, *ipsis litteris*, o que já dispunham os arts. 397 e 398, do Código de 1916. Assim, a obrigação alimentar, pela ordem, fica limitada, em primeiro lugar, aos ascendentes, depois aos descendentes e, por fim, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (art. 1.697). Observe-se que na linha reta, seja ascendente ou descendente, não há limitação de grau, ao passo que na colateral resta limitada ao grau mais próximo (irmão). Em cada linha, sempre os mais próximos em grau devem ser chamados em primeiro lugar, sendo a obrigação alimentar dos parentes mais remotos subsidiária e complementar. Isto é, vem depois da dos mais próximos e limita-se a completar o valor que por estes possa ser prestado.²⁵

No âmbito internacional, o sistema interamericano que teve início com a aprovação da *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem em 1948*, no marco da Carta da Organização dos Estados Americanos, adotou no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), uma série de instrumentos internacionais que se converteram na base de um sistema regional de promoção e proteção dos direitos humanos, conhecido como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Este sistema reconhece e define tais direitos e estabelece obrigações tendentes a sua *promoção e proteção*, criando órgãos destinados a velar por sua observância.²⁶

Com o objetivo de salvaguardar os direitos essenciais do homem no continente americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em vigor desde 18 de julho de 1978, implantou dois órgãos competentes para conhecer as violações aos direitos humanos: a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*.²⁷

A Convenção assegura os direitos civis e políticos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, determinando que aos Estados que “alcancem progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas, nos termos do artigo 26”.²⁸

²⁵ SANTOS, 2003, p. 12.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Denuncias y consultas ante el Sistema Interamericano*. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

²⁷ Os Estados que reconheceram a competência da Corte são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.

²⁸ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 126-127.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, constituída por sete membros de alta autoridade moral e reconhecido saber em direitos humanos, possuem como fim precípua a promoção, observância e proteção dos direitos da pessoa humana no continente americano. Cabe também a este órgão receber denúncias de particulares ou organizações relativas à violações a direitos humanos.

Consoante o disposto no artigo 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos, para que um pedido seja admitido pela Comissão, é necessário observar os seguintes pressupostos: a) devem ter sido esgotados ou interpostos os recursos da jurisdição interna; b) a denúncia ter sido apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que a suposta vítima tenha sido notificada da decisão definitiva; c) a matéria da petição não pode estar pendente em outro processo de solução internacional; d) a petição deve conter o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio, bem como a assinatura da(s) pessoa(s) ou do representante legal da entidade que submeter a petição.²⁹

Verificada a violação do direito protegido pela Convenção, e cumprido os requisitos para o prosseguimento da denúncia, a Corte examinará a denúncia do Estado parte que tenha violado o direito, e caso reconheça a ocorrência da violação, determinará quais medidas serão tomadas para a restauração do direito violado, e ainda pode condenar o Estado a uma justa compensação à vítima. Ademais, a decisão proferida pela Corte possui força jurídica obrigatória, cabendo ao Estado condenado seu imediato cumprimento.

Postos estes contornos, passa-se a analisar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por seu Segundo Grupo Cível, dos Embargos Infringentes de nº70049198310, versando sobre o tema proposto, bem como seus efeitos no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DE UM CASO CONCRETO

O recurso de apelação sob o nº 70041057480, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, oriundo da comarca de Caxias do Sul-RS (julgado em dezembro de 2011), em face da sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de fornecimento de medicamentos formulado na ação originária.

A situação envolve a pretensão em receber do Estado medicamentos de advogado com 70 anos de idade³⁰ e que está aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social, percebendo proventos no valor de R\$1.708,21 mensais. Refere que sua esposa é professora estadual aposentada, auferindo mensalmente R\$ 791,82, sendo estas as duas únicas fontes de rendimentos da família, tendo juntado os

²⁹ GUERRA, Sidney. Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 186.

³⁰ O postulante é portador de diabetes *mellitus* tipo 1 e necessita fazer uso dos medicamentos *insulina glargina (lantus®)*, *rosiglitisona (avandia®)*, *insulina lispro (humalog®)* e *cloridrato de tamsulosina (omnic®)*, cujo custo mensal alcançava aproximadamente R\$ 400,00 em julho de 2005, quando ajuizada a demanda. Posteriormente o demandante informou a interrupção do tratamento com o fármaco cloridrato de tamsulosina e, em apelação, referiu que o valor atualizado da medicação, considerando-se a substituição do medicamento *avandia* por *actos*, em novembro de 2010, seria de R\$ 759,61.

comprovantes de rendimentos.

Dentre outras razões adotadas pelo juízo de improcedência, restou registrado na decisão e provado nos autos que o postulante detinha patrimônio que montava em R\$ 212.639,97, entendendo ele que não se afiguraria razoável exigir-se que se desfizesse de seus bens para arcar com despesas de saúde. No entanto, está consignado que, em 2004, a movimentação financeira do demandante foi de quase R\$ 60.000,00, o que seria incompatível com uma renda anual de cerca de R\$ 10.000,00.³¹

Consta dos autos que os familiares do postulante, bem empregados e situados socialmente, prestam-lhe assistência financeira na medida do possível, todavia.

De forma acurada, a magistrada de primeiro grau que julgou o pedido, a par da realidade dos membros da comarca em que vive, referiu expressamente que:

A família do autor possui condições de arcar com o seu tratamento, sendo constituída de filha que detém o cargo de procuradora do Município de Porto Alegre e genro que detém o cargo de Juiz do Trabalho. Ainda, na impugnação ao pedido de AJG, houve a **quebra de sigilo bancário que demonstrou movimentação financeira anual de R\$ 59.764,73, bem como um patrimônio que atinge o montante de R\$ 212.639,97. Em acórdão proferido à apelação interposta à procedência da referida impugnação, bem narrado que é incompatível uma renda anual de R\$ 10.000,00, afirmada pelo autor e a declaração de imposto de renda apresentada; incompatibilidade esta demonstrada com a comprovação da existência de movimentação financeira superior a cinquenta e nove mil reais.³²(grifou-se)**

De outro lado, para esmorecer a prova colhida no tocante à sua suficiência econômica, o apelante **se limitou** a sustentar que:

[...] cumpre destacar que a aferição da capacidade financeira [...], procedida no ato da prolação da sentença no ano de 2010, não pode se sustentar **exclusivamente** na movimentação bancária verificada nos **idos de 2004**. Tal não pode ocorrer quer porque o referido **documento está absolutamente desatualizado**, quer porque, fundamentalmente, a renda a ser considerada para fins de análise de capacidade financeira é àquela que o indivíduo acrescenta ao seu patrimônio por força do seu trabalho e/ou da aplicação do seu capital. Na conta-corrente de um indivíduo podem passar valores significativos sem que com isso tenha havido qualquer apropriação ou acréscimo patrimonial.³³ (grifou-se)

No caso em análise, o cotejamento daquele patrimônio do postulante, aliado ao

³¹ Esta discussão toda se deu em sede de incidente de impugnação do valor da causa, quando negado o pedido de gratuidade judiciária, constatando-se que a movimentação anual do postulante referente ao ano de 2004, diversamente da constante da declaração de imposto de renda, em R\$ 11.529,64 (fls.152-4), na realidade importou no numerário de R\$ 59.764,73, conforme apurado em procedimento de quebra de sigilo bancário, utilizando-se dados fornecidos pela Receita Federal – fls.194/196.

³² p. 267 do Apelo.

³³ p. 277 dos autos do Apelo.

fato de não ter vindo aos autos cópias das suas declarações atuais de imposto de renda para que se pudesse confrontá-las com a renda mensal recebida de aposentadoria, bem como a existência de filha e genro com posições de destaque na carreira jurídica, ratificaram a ideia de que “o fornecimento gratuito de medicamentos deve se limitar àquelas pessoas que, efetivamente, não possuem condições financeiras de adquirir os medicamentos”³⁴

A possibilidade de restrição do acesso aos tratamentos, em face da existência de condições financeiras, corresponde a outras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70025999046, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: VASCO DELLA GIUSTINA, JULGADO EM 24/09/2008

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA PELA PARTE AGRAVANTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70025959289, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 22/10/2008

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DEVER DA FAMÍLIA DE CUSTEIO DO TRATAMENTO MÉDICO. SUFICIÊNCIA FINANCEIRA DOS GENITORES DA MENOR. Comprovado, fartamente, que a família da menor possui condições econômicas para suportar, sem prejuízo de seu sustento, o custeio do tratamento de que necessita, pois portadora de retardo mental leve (CID F70) e transtorno invasivo do desenvolvimento (CID F84.9), é sua prioridade o fornecimento da terapêutica. Inteligência do art. 4º do ECA. A garantia do direito à saúde compete ao Estado, apenas quando demonstrada a insuficiência financeira dos responsáveis pela menor. Recurso desprovido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70023322217, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DENISE OLIVEIRA CEZAR, JULGADO EM 13/08/2008

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. ACESSO À SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DE ARCAR COM O CUSTO DO MEDICAMENTO. NÃO-DEMONSTRAÇÃO. As normas de organização, funcionamento e gestão do Sistema Único de Saúde são internas, de natureza administrativa, não alterando a legitimidade para responder ao direito exercido, sendo solidariamente responsáveis no dever de fornecer medicamentos os entes federativos acionados. Necessidade de demonstração de carência para que possa ser caracterizada a obrigação estatal de fornecimento gratuito de

³⁴ Apelação Cível e Reexame Necessário nº70028464881, Sétima Câmara Cível, TJRS, relator des. Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 10/06/2009.

medicamentos. Carência não comprovada nos autos. Ausência de verossimilhança quanto à hipossuficiência financeira que não autoriza a concessão da antecipação de tutela. AGRAVO DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

Por tais razões é que entende-se que inexistem elementos que autorizassem a condenação do Município ao fornecimento dos fármacos, sob pena de subversão a toda a disciplina que deve nortear o acesso à saúde, restando vencido na Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, o que ensejou a interposição dos Embargos Infringes de nº70049198310 (julgado em 13/07/2012), ao Segundo Grupo Cível da mesma Corte.

O Relator dos Embargos Infringentes, em seu voto condutor, dentre outros argumentos para julgá-los improcedentes, manteve a decisão da maioria na Câmara de origem, sustentou que:

(1) Do ponto de vista abstrato, é possível afirmar que a jurisprudência vem entendendo imperiosa a comprovação de carência financeira para que o pretendente faça jus ao custeio de medicamentos e tratamentos por parte do Estado; (2) Tal entendimento é corroborado pelo artigo 1º da Lei nº 9.908, de 16 de junho de 1993, segundo o qual “o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família” [...].

Após isto, o Relator emitiu juízo de valor sobre as provas carreadas aos autos envolvendo a condição financeira do postulante, nos seguintes termos:

O patrimônio do autor, por sua vez, não serve necessariamente para comprovar que disponha de condições financeiras para arcar com o custo dos medicamentos necessários porque não significa liquidez que possa custear o tratamento. Aliás, esse patrimônio não representa ou constitui verdadeira fortuna, estimado em R\$212.639,97, abarcando um apartamento, 20 hectares de terra em Nova Petrópolis, 101 hectares de terra no município de Mampituba, um automóvel Corsa, ano 1996, um telefone residencial e uma conta poupança com depósito de R\$839,97. Ademais, o fato de ter o autor uma movimentação financeira de aproximadamente R\$60.000,00 no ano de 2004, não lhe desnatura a renda mensal, inclusive porque não há comprovação de que se tenham repetido movimentações desse jaez nos anos seguintes. Portanto, a existência de movimentações financeiras em sua conta há cerca de oito anos, assim como a existência de patrimônio abrangendo apartamento de valor razoável e carro popular com mais de dez anos, não é suficiente para afastar o dever do Estado em fornecer os medicamentos.

De igual sorte, no que tange à responsabilidade parental em face das demandas do postulante, ponderou o Relator que: “Por outro lado, entendo inaceitável a tese de que a filha e o genro do autor, por exercerem cargos jurídicos relevantes, deveriam prestar assistência familiar relativa a sua saúde”.

4. REFLEXÕES ACERCA DO CASO ANALISADO E SEUS EFEITOS PERANTE A CORTE INTERAMERICANA

A Constituição Estadual do Rio Grande do Sul de 1989, no seu art.241, que dispõe sobre a saúde em seu território, a partir, por certo, da dicção da Constituição Federal de 1988.

Diante da implementação, pela Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, da necessidade da participação do indivíduo e de sua família no custeio da saúde pública, sendo que, com base nestes pressupostos, foi editada a Lei-RS nº 9.908/93, determina que o Poder Público estadual deve fornecer medicamentos especiais ou excepcionais aos seus cidadãos, desde que comprovem o seu estado de carência e também de sua família, questiona-se: a) se a prestação de medicamentos excepcionais, pode servir para regulamentar o fornecimento de medicamentos normais, e b) o que distingue um fármaco normal em face de um excepcional.

A Constituição Estadual do Rio Grande do Sul deve ser interpretada conforme a Constituição Federal, no sentido de ratificar este sentido solidarístico que chama à responsabilidade a família para contribuir na manutenção do sistema republicano e federativo de saúde, dando sua quota-parte, seja ela qual for, na medida de sua possibilidade e diante da necessidade do parente enfermo.

No entanto, como se fará isto em nível de demandas judiciais que envolvem a prestação de medicamentos, internações hospitalares, etc.? Por via simétrica – respeitada sempre a urgência e especificidades da matéria – à forma e prova judiciária que instrumentalizam os feitos que envolvem a efetivação de obrigações alimentares, oportunizando e reivindicando a demonstração da necessidade do enfermo e a possibilidade de contribuição para o atendimento da demanda dos seus familiares, tomando aqui como referência os vínculos parentais estatuídos pelo próprio sistema jurídico brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de tratar deste assunto no âmbito da Adin nº 2.435/2002³⁵, quando asseverou, a latere, que cabe à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. O argumento central da proponente da ADIN contra a Lei estadual do Rio de Janeiro que determinava que farmácias e drogarias praticassem descontos de medicamentos para idosos era no sentido de que:

Entende que essa norma, ao obrigar as farmácias e drogarias a conceder descontos no preço dos remédios, viola os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa (art. 170, *caput* e inciso IV da CF), consistindo em indevida intervenção do Estado na ordem econômica.

Aduz que a intervenção do Estado só se pode dar de 02 (duas) formas: direta e indireta. Diretamente, quando o Estado explora, ele mesmo, determinada atividade econômica, nas hipóteses expressas na Constituição, ou seja, quanto tal intervenção é necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo

³⁵ Neste feito, pretendia-se obter liminar para suspender os efeitos desta Lei do Estado do Rio de Janeiro. Entendeu por bem a Corte não deferir a liminar exatamente em face dos danos que isto poderia causar – como retrocesso social – aqueles que já vinham contando com tal subsídio, bem como aos demais idosos que poderia disto se beneficiar. Relatora Ministra Ellen Gracie. Pendente de julgamento o mérito.

(art. 173, *caput*). Indiretamente, atuando como agente normativo e regulador, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174, *caput*).

O autor da ação, de forma equivocada, argumentava que a legislação feria o princípio da isonomia garantido constitucionalmente, eis que dava tratamento diferenciado ao idoso, em detrimento de outras camadas da população.

A dimensão e o eixo contemporâneo de referência do princípio da igualdade substituiu a ideia de não-discriminação formal pelo ideal da não-discriminação material, em que o postulado da isonomia não mais se refere tão somente à proibição de tratamento discriminatório, mas inclui considerações metas-jurídicas atinentes ao tratamento desigual historicamente prevalecente entre determinados grupos sociais. Em tal circunstância é que políticas públicas de inclusão social despontam como mecanismos de justiça distributiva, destinadas a compensar inferioridades sociais, econômicas e culturais.³⁶

Nesta direção vai Flávia Piovesan, ao sustentar que se afigura insuficiente, desde uma perspectiva dos Direitos Fundamentais, tratar hoje o indivíduo – sujeito de direito – de forma genérica, geral e abstrata, impondo-se considerá-lo em face de suas particularidades e peculiaridades, o que vai gerar, por conseqüência, tratamento específico e diferenciado diante das violações de direitos atinentes a estes sujeitos. Em tal cenário, mulheres, crianças, população afro-descendente, imigrantes e migrantes, pessoas portadoras de deficiências, dentre outras categorias potencial e efetivamente vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e particularidades de suas condições sociais.³⁷

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região já teve oportunidade de deliberar sobre matéria similar, sustentando, em sede de Agravo de Instrumento, que o Princípio Constitucional da Igualdade tem, em verdade, uma dupla faceta:

[...] *supõe, ao lado de uma “proibição de diferenciação”, em que “tratamento como igual significa direito a um tratamento igual”, também uma “obrigação de diferenciação”, em que tratamento como igual “significa direito a um tratamento especial”, possibilitando “disciplinas jurídicas distintas” ajustadas às desigualdades fáticas existentes.*³⁸

³⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 364.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.252. Decorre destes argumentos a afirmação acertada de Piovesan no sentido de que ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença e à diversidade, eis que, considerando o processo que a autora chama de feminilização e etnização da pobreza, percebe-se que as maiores vítimas de violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, são as mulheres e os afro-descendentes, decorrendo daí a necessidade de adoção, além de políticas universalistas, algumas específicas, capazes de dar visibilidade a sujeitos de direito com maior grau de vulnerabilidade, visando ao pleno exercício dos seus direitos.

³⁸ Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.005863-3/RS, em que figurou como Agravante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, discutindo o tema da reserva de cotas. Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, despacho dado em 25/02/2008.

Um Estado que se queira Democrático e de Direito tem de lançar mão de iniciativas pró-ativas da igualização material de categorias sociais que se encontram em estado de discriminação, aqui entendido como condição de separado, distinguido, segregado contextualmente de seu tempo e espaço.³⁹ Tal comportamento estatal evidencia aquilo que Antonio E. Pérez Luño chama de dupla dimensão constitutiva do princípio da dignidade da pessoa humana: (a) a negativa, que busca impedir a submissão da pessoa humana a degradações; e (b) a positiva, que impõe a garantia de condições para o pleno desenvolvimento da personalidade deste homem (enquanto gênero).⁴⁰

É a chamada *justiça redistributiva* que ganha espaço de pertinência, no sentido da promoção de oportunidades por meio de políticas públicas para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária, operando o Estado - no âmbito legislativo, ações executivas e mesmo jurisdicionais - como redistribuidor de benefícios aos cidadãos, de maneira a tentar compensar as desigualdades que o preconceito e a discriminação efetuaram no passado e continuam a efetivar no presente.⁴¹

É bem verdade que, nesta mesma ADIN, o Ministro Marco Aurélio, destacou fato interessante que releva os impactos econômicos potencialmente unilaterais na espécie, a saber:

Há um outro aspecto – por isso aludi à proporcionalidade: é que, na hipótese concreto, não se distingue quanto á possibilidade de aquisição dos remédios, considerado o preço, por aqueles que, estando aquém das faixas etárias referidas, não têm condição de comprar, só o fazendo com o sacrifício da própria alimentação. Na lei não se cogita, sequer - aí, eu diria que o legislador acabou cumprimentando com chapéu alheio -, de uma compensação, tendo em vista a postura do próprio Estado, na condição de credor do Imposto sobre circulação de Mercadorias e Serviços. Simplesmente, na lei impõem-se os descontos, sem se atentar para a situação financeira do adquirente do remédio, bastando o fator objetivo “idade”, e, ainda, prevê-se, em caso de desobediência, multa pesada no importe de 5.000 UFIR's.

Poderia efetivamente a legislação ter levado em conta os impactos econômicos que iria provocar no mercado de medicamentos no Rio de Janeiro, como ônus social imposto às atividades sob comento, para estabelecer melhores critérios seletivos fundados na necessidade material do idoso em obter tais benefícios, uma vez que o pressuposto fático fundador da medida é a de que todos os idosos do Estado do Rio de Janeiro necessitam de fomentos desta natureza para exercerem um direito fundamental que é a vida digna, no âmbito da saúde, o que pode não ser verdade, uma vez que tais custos são suportados pelos demais consumidores.

³⁹ DA MATTA, Roberto. Notas sobre o racismo à brasileira. In: SOUZA, Jessé (organizador). Multiculturalismo e racismo. Uma comparação Brasil - Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 1997. No mesmo sentido o trabalho de: HUNTLEY, Lynn; GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

⁴⁰ LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2000, p.321.

⁴¹ FISCUS, Ronald J. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. London: Duke University Press, 2002, p.11.

Daí a razão da aplicação, quando possível, das ponderações materiais exaustivas na tomada de decisões que envolvem tantos e tão diversificados interesses sociais e institucionais, sob pena de se violar demasiadamente direitos de uns em benefício de poucos.

Assim com Canotilho, é possível concluir que efetivamente é chegada a hora dos constitucionalistas se darem conta dos limites da jurisdição e reconhecer, com humildade, que a Constituição já não é o lugar do superdiscurso social, levando em conta que a eventual colisão de discursos reais de aplicação da Constituição terão de ser supervisionados a partir de colisões de valores ideais (a vida, a segurança, a integridade física, a liberdade, a saúde de todos e não de alguns) que integram o justo de uma comunidade bem - ou mal - ordenada.⁴²

Partindo do pressuposto de Boaventura de Souza Santos⁴³, que tanto a sociedade democrática como o Estado democrático só se justificam a partir do reconhecimento de suas naturezas multiformes e abertas, constituindo-se ambos num campo de experimentação política emancipadora, permitindo que diferentes soluções institucionais e não-institucionais coexistam e compitam durante algum tempo, com caráter de experiências-piloto, sujeitas à monitorização permanente de organizações sociais, com vista a proceder a avaliação comparada dos seus desempenhos⁴⁴, tenho que, levando em conta aquelas políticas constitucionais, o envolvimento de toda a comunidade se faz necessário à concreção dos direitos em geral, e do direito prestacional à saúde em especial.

Esta nova forma de um possível Estado e Sociedade democráticos deve se assentar em dois princípios de experimentação laboratorial:

O primeiro é de que o Estado só é genuinamente experimental na medida em que às diferentes soluções institucionais são dadas iguais condições para se desenvolverem segundo a sua lógica própria. Ou seja, o Estado experimental é democrático na medida em que confere igualdade de oportunidades às diferentes propostas de institucionalidade democrática. Só assim a luta democrática se converte verdadeiramente em luta por alternativas democráticas. Só assim é possível lutar democraticamente contra o dogmatismo democrático. Esta experimentação institucional que ocorre no interior do campo democrático não pode deixar de causar alguma instabilidade e incoerência na ação estatal e pela fragmentação estatal que dela eventualmente resulte podem sub-repticiamente gerar-se novas exclusões.⁴⁵

⁴² FISCUS, 2002, p.129. Ver igualmente o texto de BURT, Robert A. *The constitution in conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p.81 e seguintes.

⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reivindicar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In Os sentidos da democracia. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, p.126.

⁴⁴ Criando, por exemplo, mecanismos de acompanhamento e avaliação permanente das instituições (Executivo, Judiciário, Legislativo), tanto no âmbito do controle interno (a ser maximizado com estratégias e instrumentos de visibilidade plena de suas ações), como do externo (com conselhos corporativos e populares, mais os tradicionais já existentes).

⁴⁵ SANTOS, 1999, p.127.

O segundo princípio adotado pelo pensador português, com o qual concordo e aqui quero aplicar, deixa muito clara a importância que o Estado tem ainda na constituição de uma gestão pública compartilhada do direito à saúde (e dos direitos fundamentais em geral), pois que deve servir de garante não só da igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas também garantir padrões mínimos de inclusão, que tornem possível a cidadania ativa participar, monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos alternativos. Esses padrões mínimos de inclusão são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática.

Neste ponto está certo Tribe⁴⁶, ao afirmar que:

[...] a Constituição não é um espelho em que cada um vê o que quer, nem um documento confiado as mudanças políticas de seus intérpretes. Seu trabalho é criar uma nação através das palavras e, portanto, deve desfrutar o mais amplo apoio entre os cidadãos. (tradução livre)⁴⁷

Ao analisar o caso concreto e os desdobramentos da decisão, pode-se afirmar que, após cumprido os requisitos, a Corte Interamericana poderia se julgar competente para receber e dar prosseguimento a esta denúncia, podendo, inclusive condenar o Estado brasileiro a uma justa compensação à vítima, se entender que não houve observância e proteção dos direitos da pessoa humana.

Em face de tudo isto, é preciso encontrar uma forma de contemporizar tão diferentes desafios no âmbito do direito à saúde, partindo do pressuposto de que tal tarefa cabe a todos e não somente a alguns. Esta consciência, no entanto, deve ser harmonicamente empregada tanto no âmbito interno quanto internacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos fundamentais não são estáticos, mas acompanham o processo histórico, que conhece avanços e retrocessos, e são radicados em uma série de direitos naturais do homem, reconhecidos pela sua própria condição humana. E, o direito fundamental à saúde está inserido nesse processo, que, ao longo dos últimos 40 anos têm sido assimétrico, em especial em termos de qualidade diante da escassez de recursos público.

Sabe-se que a insuficiência de recursos dos cofres públicos não deve ser argumento para se permitir o esvaziamento de tal direitos fundamentais, já que reconhecidos como elementos responsáveis pelo desenvolvimento humano e pelo aumento da capacidade das pessoas para provocarem a mudança nas famílias, comunidades e países.

No entanto, a proteção da saúde deve atualmente interpretada não somente

⁴⁶ TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *Leggere la Costituzione*. Roma: Il Mulino, 2005.

⁴⁷ “*la Costituzione non è uno specchio in cui ognuno vede quello che vuole, né un documento affidato alle sempre mutevoli svelte politiche dei suoi interpreti. È suo compito creare una nazione attraverso le parole e, pertanto, deve godere del più ampio consenso fra i cittadini consociati.*”

como um direito em sua dimensão coletiva e até mesmo difusa, e decorrente de grandes esforços das políticas públicas, mas também exercido e protegido individualmente, seja no âmbito da responsabilidade institucional ou familiar, levando em conta a própria estrutura normativa constitucional e infraconstitucional brasileira.

Nesta perspectiva, o direito à saúde não pode se concretizar, ou pelo menos não se concretiza somente através de uma política constitucional, eis que esta é, *prima facie*, uma projeção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das contingências de várias esferas da sociedade, e sob pena de se violar demasiadamente direitos de uns em benefício de poucos.

Da mesma forma, e ainda que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos reconheça tais direitos e estabeleça obrigações tendentes a sua promoção e proteção, e a competência para conhecer dos casos em que se alegue que um dos Estados-membros tenha violado um direito ou liberdade protegido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, é necessário que a Corte reafirme o caráter horizontal da responsabilidade dos direitos fundamentais no âmbito interno.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. In Yale Law Journal, nº 96, 1987.

BORDA, Guillermo A. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

BURT, Robert A. *The constitution in conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Denuncias y consultas ante el Sistema Interamericano*. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm>. Acesso em: 22 mar. 2013.

DA MATTA, Roberto. *Notas sobre o racismo à brasileira*. In: SOUZA, Jessé (organizador). *Multiculturalismo e racismo*. Uma comparação Brasil - Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 1997.

DERBLI, Felipe. *Proibição de Retrocesso Social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988*. In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

_____. *Tomando los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

FISCUS, Ronald J. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. London: Duke University Press, 2002.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951.

GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HUNTLEY, Lynn; GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

JORI, Mario. *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*. In FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. *A Efetivação do Direito à Saúde – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades*. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Vol.6. LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1525.

_____. *Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Estado, Sociedade e Administração Pública: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUEIROZ, Cristina. *O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reivindicar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In *Os sentidos da democracia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Os alimentos no novo Código Civil*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. nº 16 - jan-fev-mar/2003.

SARLET, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *Leggere la Costituzione*. Roma: Il Mulino, 2005.

JULGADOS

Agravo de Instrumento nº2008.04.00.005863-3/RS, em que figurou como Agravante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, discutindo o tema da reserva de cotas. Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, despacho dado em 25/02/2008.

Apelação Cível e Reexame Necessário nº70028464881, Sétima Câmara Cível, TJRS, relator des. Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 10/06/2009.

Apelação Cível Nº 70007665268, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 20/05/2004.

RE 102877, STF, 2ª T., Rel. Min. DJACI FALCÃO, J. 14.09.1984;

Recurso Extraordinário n. 566.471-6, originário do Estado do Rio Grande do Norte.

REsp 184807/SP, STJ, 4ª T., Rel. Min. BARROS MONTEIRO, J. 24.09.2001.

Resp 811608/RS; Recurso Especial nº2006/0012352-8. 1ª Turma, Relator Min. Luis Fux, julgado em 15/05/2007, publicado no DJ 04.06.2007 p. 314.

TJPE – AgRg 93939-5/01 – Rel. Des. Leopoldo de Arruda Raposo – DJPE 29.10.2003.

Recebido em 31/03/2013
Aprovado em 24/05/2013