

A dignidade da pessoa humana como fundamento para concessão de medicamentos pelo Supremo Tribunal Federal



Antonio Carlos Cedenho

Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido instado nesta última década com maior frequência a decidir nos casos de negativa de fornecimento de medicamentos pelo Estado. Considerando que, além do direito à vida e à saúde, o STF tem se utilizado da dignidade da pessoa humana como fundamento para concessão de medicamentos, o presente artigo pretende discutir esse embasamento. A dignidade da pessoa humana é considerada um valor absoluto, não podendo em qualquer momento ou circunstância ser afastada – diferentemente de outros valores que, consubstanciados na Constituição Federal por meio de princípios, podem ser ponderados em relação a outros princípios de maior relevância diante do caso concreto. Procurando compreender qual o sentido da invocação da dignidade da pessoa humana como fundamento nos casos de concessão de medicamentos, e tendo considerada a hipótese de que a sua utilização extrapola a invocação do direito à vida e à saúde nos casos de fornecimento de medicamentos, é que será desenvolvido o presente artigo.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado Brasileiro. 3. A vida como direito inerente à dignidade da pessoa humana. 4. A saúde como direito inerente à dignidade da pessoa humana. 5. A fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal. 6. Considerações finais. Referências.

1. Considerações iniciais

O Supremo Tribunal Federal (STF) nesta última década tem sido instado com maior frequência a decidir nos casos de negativa de fornecimento de medicamentos: são casos de pacientes acometidos de diferentes doenças (de neoplasias a HIV, de esquizofrenia a artrite reumatoide) em que o tratamento realizado com os medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) não surte o efeito desejado.

O SUS, regulamentado pela Lei nº 8.080/1990,¹ fornece normalmente para o tratamento dos principais problemas de saúde da população os medicamentos constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename),² e ainda os medicamentos para tratamento de doenças raras, que constam na relação do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional.³ Em regra, qualquer medicamento que esteja fora destas listagens não é fornecido pelo Estado aos pacientes mesmo em casos excepcionais.

Ocorre que muitas vezes há a prescrição médica de tratamento diverso, em razão do insucesso da utilização dos medicamentos de uso comum, já autorizados e fornecidos pelo Estado, sendo a única maneira de recuperar a saúde do paciente a ministração de medicamento estranho a estas listagens.

Contudo, como o fornecimento espontâneo dos medicamentos nesses casos têm sido em regra negado pelo Poder Executivo, ocorre a “judicialização” da saúde, que, não raro, é levada até a última instância, obrigando o STF a decidir.

Observando o considerável número de decisões já proferidas pelo STF sobre este assunto, é possível constatar que, na grande maioria dos casos, restando provado que a ausência do medicamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde, e afastada grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, há a concessão. Há o sopesamento entre o chamado “mínimo existencial” e a “reserva do possível”.

As decisões nesse sentido fundamentam-se majoritariamente no direito à saúde, assegurado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, interpretado conjuntamente ao artigo 196, que define a sua universalização ao afirmar ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Isto porque a saúde exige prestação por parte do Estado, impondo aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, e, constitui-se assim um direito positivo,⁴ um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado – ao qual é imposto o dever de prestá-lo. O direito à saúde, sendo informado primariamente pelo direito à vida – constitucionalmente protegido no artigo 5º, determina que nos casos de doença, cada um deve receber tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica.

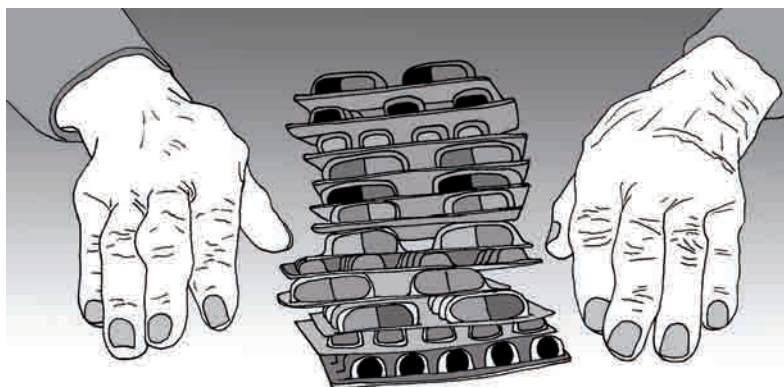
Com efeito, na medida em que um Estado passa a reconhecer e proteger

1 BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016.

2 BRASIL. *Relação nacional de medicamentos essenciais (Rename)*. Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/0DAF/RENAME2014ed2015.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

3 BRASIL. *Programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional*. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta5.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2016. Os medicamentos fornecidos pelo Estado são em sua totalidade medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Muito embora se estabeleça a discussão sobre o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, e por consequente excluídos do programa de fornecimento do Estado, o presente artigo não tratará deste aspecto.

4 MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 342.



Direitos Fundamentais, tais direitos passam a demarcar o perfil desse Estado, prenunciando a sua forma de ser e agir e de como ele se relaciona com os indivíduos que, na sua dimensão subjetiva, o integram.⁵

A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, reside “em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios”, Agustín Gordillo explicita.⁶ Observa-se, entretanto, que a fundamentação utilizada pelo STF nas decisões acerca do fornecimento de medicamentos aos pacientes não se restringe ao asseguramento do direito à vida e à saúde, mas vai além com outros argumentos: um deles é a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana tem, por vezes, servido de fundamento para a concessão de medicamentos não fornecidos regularmente pelo Estado quando de julgamento no STF, em contraposição à argumentação da reserva do possível, que busca salvaguardar o interesse financeiro do Estado. Entretanto, há discordância quanto à legitimidade da utilização da dignidade da pessoa humana

como fundamentação para a concessão dentro do próprio STF e ainda nos tribunais de instâncias inferiores.

Como fundamento da República Federativa, a dignidade da pessoa humana é considerada um valor absoluto, não podendo em qualquer momento ou circunstância ser afastada – diferentemente de outros valores que, consubstanciados na Constituição Federal por meio de princípios, podem ser ponderados em relação a outros princípios de maior relevância diante do caso concreto.

A sua invocação como fundamentação nos casos de concessão de medicamentos parece então ter significado diverso da invocação do direito à vida e saúde, razão pela qual empreenderemos esforços no sentido de compreender a que título e por qual razão tem sido a dignidade chamada a fundamentar a concessão de medicamentos no STF.

2. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado brasileiro

A Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, no Título I, que trata dos princípios fundamentais da República Federativa, elege a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

A escolha do legislador constitucional pela fixação protetora à dignidade da pessoa humana, logo de início, e no principal ordenamento jurídico denota o seu caráter ideológico, demonstrando o compromisso do Estado em ser um Estado Democrático Social de Direito.

O catálogo de direitos fundamentais assegurado pela Constituição Federal é a expressão de um sistema de valores, e en-

5 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

6 GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurelio Greco. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1977, p. 74.

contra o seu ponto na dignidade: é direito do cidadão ter uma vida digna, bem como, sob a óptica dos Direitos Sociais, é dever do Estado proporcioná-la por meio do atendimento ao direito à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, ao lazer e à alimentação.

Celso Bastos e Ives Gandra Martins afirmam que o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana, sendo que o sentido da vida humana forjado pelo homem deve ser facilitado pelo Estado, que deve ampliar as possibilidades existenciais do exercício da liberdade.⁷ No mesmo esteio, em comento à dignidade da pessoa humana, J. J. Gomes Canotilho afirma que “trata-se de princípio atípico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna do *dignitas-hominis*, ou seja, o do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”.⁸ Com efeito, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito é núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional,⁹ atuando como um mandado de otimização, ordenando algo (a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.¹⁰

A análise sistemática dos dispositivos constitucionais, como os constantes nos capítulos “Dos Direitos Sociais” e “Da Ordem Social” (respectivamente, Capítulo II do Título II e Título VIII da CF/88), corrobora este entendimento, explicitando que o texto

constitucional trilha o caminho do Estado do Bem-Estar Social.

A opção do legislador denota que os direitos fundamentais passaram a possuir uma dimensão institucional,¹¹ para além da sua caracterização meramente de direitos subjetivos. É nesse esteio que se investiga, no presente artigo, a utilização da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento para a concessão de medicamentos no STF.

A sociedade atual exige a cada dia um espectro mais amplo de direitos asseguradores para uma vida digna, elementos que garantirão o desenvolvimento do ser humano em sua plenitude: a educação, a moradia, o trabalho, a alimentação, o transporte, o lazer e, indubitavelmente, a saúde integra o ideal de dignidade.

3. A vida como direito inerente à dignidade da pessoa humana

O primeiro dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana é o direito à vida, porquanto somente é sujeito de direitos, e somente possui dignidade aquele que vive. Como um direito inerente à dignidade humana, o direito à vida, assim como os demais direitos fundamentais são invioláveis (consoante assegurado no artigo 5º, *caput*, da CF/88) como um elemento de sua própria conceituação. José Afonso da Silva assevera que “não fossem invioláveis [os direitos fundamentais], sua realidade ôntica não teria significação jurídico constitucional”.¹²

A dignidade da pessoa humana traz imbricada em si a proteção à vida humana. Maria Helena Diniz considera que a própria dignidade contém em si o pressuposto da intangibilidade da vida humana, porque sem vida não há pessoa, e sem pessoa não há dig-

7 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p.425.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 218.

9 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 76.

11 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

12 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66.

nidade. A pessoa só existe enquanto viva é; a pessoa é o bem e a dignidade é seu valor, a sua projeção. Desta forma, a vida tem prioridade sobre todas as demais coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido.¹³

Nesse esteio, o Ministro Celso de Mello, em decisão no Recurso Especial 393.175/RS, determinou o fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento da esquizofrenia paranoide e doença maníaco-depressiva crônica, verificando que a não concessão colocaria em risco a vida dos pacientes/autores:

Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, pois o desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que – considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pelas patologias que afetam os recorrentes (que são portadores de esquizofrenia paranóide e de doença maníaco-depressiva crônica) – a ausência de capacidade financeira que os aflige impede-lhes, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos *medicamentos* a que têm direito e que se revelam essenciais à preservação da integridade do seu estado de higidez mental e de sua própria vida, porque os seus antecedentes pessoais registram episódios de tentativa de suicídio.(STF, RE 393.175/RS, Relator Ministro Celso de Mello, j. 01/02/2006, DJ 16/02/2006)

Muito embora na decisão transcrita o objeto de proteção fosse a vida, em sentido biológico, vida dos pacientes que se pretendeu proteger, não deve ser entendida nesse espectro tão restrito. Necessário o claro entendimento sobre o significado atribuído à vida da pessoa humana na presente análise.

A vida do ser humano não pode jamais ser tomada única e exclusivamente no sentido biológico (*zoé*) mas sempre como um modo particular de vida (*bíos*),¹⁴ que implica além de uma dimensão material (física e psíquica) uma dimensão imaterial (espiritual e valorativa). Para Robert Alexy, o catálogo de direitos fundamentais é a expressão de um sistema de valores que encontra o seu núcleo na personalidade humana, e que, por sua vez, se desenvolve livremente dentro da comunidade social e na sua dignidade.¹⁵

Nesse sentido é que o mesmo Ministro Celso de Mello, analisando pedido de fornecimento de medicamentos a paciente portador de HIV, em ocasião anterior já havia decidido:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, 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. Precedentes do STF. (STF, AgR no RE 271.286/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000)

A relevância da compreensão sobre a existência dessas dimensões da vida humana

13 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

14 “Pode-se apontar uma indistinção de fato entre os próprios conceitos de *zoé* e *bíos*, que para os gregos (que criaram tais termos) indicavam realidades distintas da vida como um todo: a simples vida natural (*zoé*) e um modo particular de vida (*bíos*), ou seja, a vida em geral e o modo de vida qualificado que é próprio dos homens imersos no corpo biológico e [no] político”. SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética como forma de resistência à biopolítica e ao biopoder. *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, Brasília, v. 18, n. 3, 2010, p. 523.

15 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 489.

reside no fato de que esta definição é fulcral para a tomada de decisões, sejam elas políticas ou jurídicas; decisões significativas para ao asseguramento da vida digna, da proteção aos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde.

Assim, delinea-se que a dignidade da pessoa humana mantém uma relação indissociável com o direito à vida, que por sua vez também assim se relaciona com o direito à saúde: a vida digna é aquela que o ser humano pode fruir tendo qualidade, autodeterminação, sentindo-se seguro. A saúde, por sua vez, é condição indispensável para que haja esta qualidade de vida, para que a pessoa se sinta segura com relação à sua sobrevivência e é elemento que permitirá ela se autodeterminar.

4. A saúde como direito inerente à dignidade da pessoa humana

Seguindo o raciocínio acima delineado acerca do conceito da vida humana, e ainda o que determinam os principais documentos nacionais e internacionais, a saúde pode ser definida como o completo estado de bem-estar (tanto no aspecto físico, como também no psíquico e espiritual), e não a mera ausência de doenças.

Incorporando a concepção de dimensão institucional dos direitos fundamentais já debatida, pode-se afirmar que a situação de saúde de um ser humano é determinada não só pelas suas condições físicas e psíquicas, mas também pelas suas condições de vida e de trabalho, pela conjuntura social, econômica, política e cultural do país onde ele reside, por aspectos legais e institucionais relativos à organização dos sistemas de saúde, pelos valores individuais e coletivos sobre como viver bem. A saúde é sobretudo uma questão de cidadania e de justiça social.¹⁶

É nesse esteio que o artigo 196 da Constituição Federal determina que o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas. Assim, o fornecimento de medicamentos, como tentativa de restabelecimento da saúde do cidadão, traduz-se em um bem jurídico constitucionalmente tutelado, e que deve ser preservado pelo Poder Público por meio da formulação e implementação de políticas sociais e econômicas idôneas que garantam aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar, sob pena de grave vulneração a um direito fundamental.

A este respeito o Ministro Celso de Mello afirma em seu voto no AgR na STA 175/CE que:

[...] a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde. (STF, AgR na STA 175/CE, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010)

Neste aspecto, o acesso ao tratamento médico adequado, ao fornecimento dos medicamentos prescritos, às tecnologias de saúde, representa o principal e às vezes o único meio

¹⁶ VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid



considerado eficiente e legítimo para o indivíduo alcançar esse bem-estar ou bem-viver, que é a saúde.

5. A fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Na grande maioria das vezes, quando da decisão sobre o tema do fornecimento de medicamentos não autorizados pela Renam ou pela Lista de Dispensação em Caráter Excepcional há o sopesamento do direito à vida e à saúde do paciente/autor em relação à reserva do possível.

São sopesados assim os danos que poderiam advir da não concessão dos medicamentos aos pacientes face aos danos que poderiam ser ocasionados à ordem, à economia e à saúde públicas.

O Poder Executivo em regra tem arguido que ao ser compelido a adquirir medicamentos fora de suas atribuições como elemento de um sistema único, objeto da Lei nº 8.080/1990, há prejuízo a toda coletividade, porque se estaria atendendo uma necessidade individual em detrimento do equilíbrio financeiro do sistema. Este argumento, contudo, é combatido no STF.

Gilmar Mendes no AgR no STA 175/CE,

citando Stephen Holmes e Cass Sunstein, afirma que os autores deram contribuições

[...] para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999)

(STF, AgR na STA 175/CE, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010)

Considerando, contudo, que parte da doutrina defende que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis, mas ponderando o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, Gilmar Mendes entendendo que a concessão teria caráter nitidamente satisfativo, com efeitos deletérios à subsistência e ao regular desenvolvimento da saúde da paciente, a ensejar a ocorrência de possível dano inverso, não conheceu do agravo regimental interposto pela União.

Um dos argumentos, já bastante rebatido, contra o fornecimento de medicamentos seria a abertura de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, isto é, a necessidade de concessão de medicamentos a um sem número de casos similares. Essa questão foi facilmente desconstruída pelos julgados no STF, com base na tese de que a

análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.

Observando o considerável número de decisões já proferidas pelo STF sobre este assunto, é possível constatar que na grande maioria dos casos pende à concessão dos medicamentos, privilegiando assim o mínimo existencial em detrimento da reserva do possível.

Consoante ao entendimento de que o direito à saúde é um direito público subjetivo, o STF tem fundamentado suas decisões não apenas no direito à saúde, mas também no direito à vida, ambos explicitados e garantidos constitucionalmente. Em outro voto, o Ministro Celso de Mello explicita a relação indissociável entre o direito à vida e à saúde, e afirma:

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, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. (STF, AgR STA 175/CE, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010)

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda

que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

(STF, AgR no RE 393.175/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 12/12/2006, DJ 02/02/2007)

Mas, há ainda decisões que, além do direto à vida e à saúde, fundamentam-se em outros argumentos jurídicos, emprestados até mesmo de outras áreas do direito, como o Direito Penal; compreendendo que, muito além do dever de abstenção, da proibição do excesso, há uma proibição de proteção insuficiente. Ingo Wolfgang Sarlet nesse esteio elucida:

É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).¹⁷

Há o dever estatal de agir para a proteção dos direitos constitucionalmente assegurados dos cidadãos, e mais, para assegurar a sua dignidade, assim, a concessão de medicamentos pela via judicial, acaba por fundamentar-se na dignidade da pessoa humana, considerando essa proibição de proteção deficiente, já que não basta assegurar a dignidade, mas é necessário permitir que ela se efetive.

6. Considerações finais

É clara a escolha do legislador constitucional pela fixação protetora à dignidade da pessoa humana que se encontra revelada já a partir do artigo 1º da Constituição Federal, ao consagrar a sua prevalência no inciso III,

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, Sapucaia do Sul: Nota dez, 2003, p. 86.

ao lado de outros princípios informadores da regência do Estado Democrático de Direito.

Uma análise sistemática do texto constitucional demonstra que um grande número de dispositivos constitucionais trilha o caminho do Estado do Bem-Estar Social, e esta inclinação do legislador nos leva a crer que os direitos fundamentais, modernamente, já não são enfocados exclusivamente como direito subjetivo, mas sim em uma dimensão mais ampla, uma dimensão institucional, como visto.

Argumentos como a proibição de proteção insuficiente, assim como o rechaço a uma ideia de que haja normas programáticas na Constituição e a fixação da consideração das necessidades individuais como critério decisório, têm demonstrado que a dignidade da pessoa humana é baliza importante para as decisões do STF no referente à concessão de medicamentos.

É com a compreensão de que os direitos fundamentais já alçaram um determinado grau de realização no Estado Democrático de Direito que o STF tem decidido favoravelmente ao fornecimento de medicamentos: uma vez positivado – e assegurado de fato – o direito à vida e à saúde não deve se admitir retrocesso social. É nesse sentido o entendimento de J. J. Gomes Canotilho, do qual partilhamos:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio

em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.¹⁸

A justiça social – e seu asseguramento –, que nada mais é que a garantia da dignidade da pessoa humana, é o que fará contraponto aos ideais liberais, e então permitirá um saudável equilíbrio entre o econômico e o social que, muito embora aparentem diversas vezes manter uma relação contraditória, têm em verdade uma relação dialética.

Nessa linha, até mesmo o discurso que bastaria um rol mínimo de direitos assegurados para um ser humano viver e se desenvolver passa a ser questionado nos dias atuais diante do progressivo aumento de complexidade da sociedade e dos anseios humanos. Sendo positivados e assegurados os direitos de primeira a terceira dimensão, surgem os direitos de quarta¹⁹ e até de quinta dimensão²⁰ que, quiçá, poderão adiante permitir sua perseguição via judicial, de forma tão bem fundamentada como hoje já ocorre com os direitos fundamentais.

18 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 320-321.

19 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

20 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Referências.

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016.
- BRASIL. *Programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional*. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta5.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2016.
- BRASIL. *Relação nacional de medicamentos essenciais* (Rename). Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/0DAF/RENAME2014ed2015.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurelio Greco. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1977.
- MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, Sapucaia do Sul: Nota dez, 2003.
- SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética como forma de resistência à biopolítica e ao biopoder. *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, Brasília, v. 18, n. 3, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006>. Acesso em: 03 jan. 2016.