

UNICESUMAR – UNIVERSIDADE CESUMAR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

FABIANO SANTOS ROUSSENQ

OS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E A CONSTRUÇÃO DA PROTEÇÃO
INTEGRAL DO SER HUMANO

MARINGÁ/PR

2023

FABIANO SANTOS ROUSSENQ

**OS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E A CONSTRUÇÃO DA PROTEÇÃO
INTEGRAL DO SER HUMANO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar como exigência parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração: Direitos da Personalidade

Linha de Pesquisa: Direitos da Personalidade e seu alcance na contemporaneidade

Orientador: Alexander Rodrigues de Castro

MARINGÁ - PR

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R866m Roussenq, Fabiano Santos.

Os medicamentos de alto custo e a construção da proteção integral do ser humano. / Fabiano Santos Roussenq. Maringá-PR: UNICESUMAR, 2023.
162 f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro.

Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2023.

1. direito geral da personalidade. 2. direitos sociais. 3. dignidade da pessoa humana. 4. princípios constitucionais. 5. medicamentos. 6. função social. 7. patentes. I. Título.

CDD – 346

Leila Nascimento – Bibliotecária – CRB 9/1722
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo (a) autor (a).

FABIANO SANTOS ROUSSENQ

**OS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E A CONSTRUÇÃO DA PROTEÇÃO
INTEGRAL DO SER HUMANO**

Dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar como exigência parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Membro Interno: Prof. Dra. Daniela Menengoti Ribeiro
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Membro Externo: Prof. Dr. Walter Guandalini Júnior
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Maringá, 24 de julho de 2023.

RESUMO

O presente estudo consiste em apresentar uma reflexão, diante do acesso aos medicamentos de alto custo para os indivíduos que sofrem com patologias graves, e como o Poder Judiciário vêm atuando nas demandas que requeiram a implementação do direito social fundamental da saúde, isto é, na restauração da dignidade da pessoa humana frente as omissão dos poderes constituídos. A dissertação aborda como objetivo geral a análise da consolidação do Estado Constitucional na busca de concretizar a efetividade dos direitos sociais e na realização da justiça social que materialize os primados do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a relação entre os direitos sociais fundamentais e os direitos da personalidade. E como a indústria farmacêutica protege os seus produtos e suas pesquisas medicamentosas, aliando a uma crítica relacionando o sistema protetivo das patentes com os mandamentos constitucionais da função social. O objetivo específico consiste em verificar como a definição da reserva do possível, a acepção do princípio da dignidade humana e o entendimento doutrinário por mínimo existencial repercutem no fornecimento absoluto ou não de medicamentos de alto custo. O problema enfrentado pela dissertação consiste na seguinte pergunta: se é admissível a limitação do acesso ao fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público com base na teoria da reserva do possível cotejada com a garantia do mínimo existencial ou deve-se ampliar o debate e buscar algumas das razões em que a indústria farmacêutica se fundamenta para o valor excessivo dos medicamentos, e se elas atendem ou não o princípio da função social que alicerça o ordenamento jurídico nacional no marco do Estado Constitucional? A hipótese verificada no decorrer da dissertação foi de que o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo deve ser compreendido como uma problemática que reverbera em diversas áreas, ou seja, deve-se ampliar o debate buscando dentro de um círculo protetivo que congregue a saúde como direito humano, direito fundamental e direito da personalidade, como também se faz necessário discutir se a indústria farmacêutica cumpre com a função social da propriedade industrial, especialmente quando estar-se-á diante do sistema protetivo das patentes pipeline. A metodologia empregada é bibliográfica. Reúne etapas do método dedutivo analítico, sobreposta por etapas em que prevaleceu o método dedutivo estrutural.

Palavras-chave: direito geral da personalidade; direitos sociais; dignidade da pessoa humana; princípios constitucionais; medicamentos; função social; patentes.

ABSTRACT

The present study consists of presenting a reflection on the access to high-cost medications for individuals who suffer from serious pathologies, and how the Judiciary has been acting in the lawsuits that require the implementation of the fundamental social right to health, i.e., in the restoration of human dignity facing the omission of the constituted powers. The dissertation's general objective is to analyze the consolidation of the Constitutional State in the search for the effectiveness of social rights and the achievement of social justice that materializes the principles of human dignity, as well as the relationship between fundamental social rights and personality rights. And how the pharmaceutical industry protects its products and its drug research, combined with a critique relating the patent protection system to the constitutional commandments of the social function. The specific objective is to verify how the definition of the reserve of the possible, the meaning of the principle of human dignity and the doctrinal understanding of the existential minimum have repercussions on the absolute supply or not of high cost medicines. The problem faced by the dissertation consists in the following question: is it admissible the limitation of access to the supply of medication by the Public Authorities based on the theory of the "reserve of the possible" compared to the guarantee of the minimum existential or should we broaden the debate and look for some of the reasons that the pharmaceutical industry bases its excessive value of medication, and whether or not they meet the principle of the social function that underlies the national legal system in the framework of the Constitutional State? The hypothesis verified during the dissertation was that the right to the free supply of high cost medication should be understood as a problem that reverberates in several areas, that is, the debate should be broadened, searching within a protective circle that congregates health as a human right, a fundamental right and a right of personality. It is also necessary to discuss whether the pharmaceutical industry complies with the social function of industrial property, especially when we are faced with the protective system of pipeline patents. The methodology used is bibliographic. It brings together steps of the analytical deductive method, overlapped by steps in which the structural deductive method prevailed.

Keywords: general right of personhood; social rights; dignity of the human person; constitutional principles; drugs; social function; patents.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	O PODER JUDICIÁRIO E O ACESSO AOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO	12
2.1	DA FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL AO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE.....	12
2.2	DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DENTRO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	29
2.3	OS FUNDAMENTOS DA AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	45
3	O ACESSO AOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO COMO DIREITO SOCIAL E SUA PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA	57
3.1	CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DENTRO DA CONSAGRAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	57
3.2	RESERVA DO POSSÍVEL, O MÍNIMO VITAL E A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL	77
4	DA CONSTRUÇÃO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DO SER HUMANO E A FUNÇÃO SOCIAL DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....	105
4.1	O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE E A CONSTRUÇÃO DE UMA PROTEÇÃO INTEGRAL DO SER HUMANO	105
4.2	A JUDICIALIZAÇÃO DOS MEDICAMENTOS: REFLEXOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE ENA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	118
4.3	DA IMPLEMENTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL NA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A FUNCIONALIZAÇÃO DO INSTITUTO DAS PATENTES SOBRE MEDICAMENTOS FRENTE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	124
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	147
	REFERÊNCIAS	154

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação busca investigar a relação do fornecimento gratuito dos medicamentos de alto custo aos pacientes acometidos por doenças graves com o dever do Estado em salvaguardar o desenvolvimento pleno da vida do ser humano de forma digna e o direito social fundamental à saúde, como consequência da diretriz de proteção integral à pessoa, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, que se manifesta no direito à saúde entendido como direito da personalidade e direito fundamental ao mesmo tempo.

A saúde de uma população não depende apenas dos serviços de saúde e do uso dos medicamentos. No entanto, suas contribuições e a importância dos medicamentos na saúde, bem como no próprio desenvolvimento da personalidade do indivíduo constitui-se como essencial na preservação e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Cumprir observar que com uma iniciativa de saúde pública e parte integrante do sistema de saúde, o acesso aos medicamentos é fundamental para a resolubilidade dos cuidados e serviços de saúde e envolve a alocação de recursos públicos.

Ao considerar a Assistência Farmacêutica como ação de Saúde Pública e integrante de apoio nas atuais conformações propostas para o Sistema Único de Saúde (SUS), fica evidente sua relevância para o sistema de saúde e para o desenvolvimento saudável do País. Por outro lado, determinadas patologias exigem tecnologias medicamentosas de alto valor e que geram severos impactos na gestão e planejamento das políticas públicas de saúde.

Desta forma, torna-se um grande desafio, garantir o acesso aos medicamentos e, mais importante, implantar serviços de atenção farmacêutica de qualidade, isto é, constitui-se em um verdadeiro dilema ofertar acesso à medicamentos independentemente do valor que lhe sejam atribuído ou no outro lado da balança impõe-se discutir sobre os impactos que resultam nas garantias em promover políticas públicas de assistência básica de forma ampla.

Importante esclarecer que não existe de forma peremptória e imune de críticas uma relação direta entre todas essas questões que repercutem na atuação do Estado, que por força constitucional encontra-se como responsável de implementar os deveres resultantes na inserção de forma efetiva dos direitos sociais na sociedade.

O caráter das normas que consagram os direitos sociais é o núcleo divisor das

correntes doutrinárias. A Teoria da Reserva do Possível defende as normas instituidoras dos direitos sociais serem de caráter programático, no entanto, a Constituição situa essas normas no título das garantias e direitos fundamentais, entendendo possuírem um caráter imperativo em razão da sua importância para ordem social.

Os direitos sociais embora sejam previstos constitucionalmente e deveriam ter aplicação imediata por força do artigo 5º, §1º da Constituição da República de 1988, muitas vezes, a sua eficácia sucumbe ao poder público, já que a aplicação dos direitos sociais depende de recursos financeiros públicos.

Desse contexto todo, emergem discussões doutrinárias fundamentadas no princípio da dignidade humana, no princípio do mínimo vital, na Teoria da Reserva do Possível e ainda no princípio da separação dos poderes, bem como na relação do sistema protetivo que garante a atuação da indústria farmacêutica no desenvolvimento de pesquisa e tecnologia medicamentosa, ou seja, é evidente a complexidade do assunto. Serão apresentadas as correntes doutrinárias a fim de explicar, criticar ou apontar atos do Poder Público que são diretamente afetos ao implemento dos ditames mais caros protegidos pela Constituição da República de 1988.

É nesse cenário, entre necessidades básicas sociais e recursos financeiros disponíveis, que o Judiciário atua, quando chamado, a fim de equacionar tal questão. Portanto, o cerne da pesquisa é compreender as consequências que advém em adotar uma postura ilimitada na defesa da vida humana ou admitir que a saúde é dever do Estado respeitando determinadas restrições.

O resultado da pesquisa repercute, assim, na discussão atual que envolve as intervenções judiciais, muitas vezes imotivadas e momentâneas, na seara das políticas públicas referentes à saúde pública, como também se o discurso crítico de que tais atuações judiciais podem desestruturar a alocação tanto qualitativa quanto quantitativa de recursos públicos qualificam-se como legítimo e suficientes para se contrapor frente à defesa do direito da personalidade a vida ou na promoção dos direitos fundamentais sociais. Busca-se, assim, compreender a judicialização em uma perspectiva substancial do direito de acesso aos medicamentos e, como premissa procura-se ampliar o debate no intuito de analisar como a indústria farmacêutica se relaciona com os ditames constitucionais da função social dentro do sistema protetivo das propriedades industriais.

A dissertação busca trabalhar a relação entre os direitos fundamentais, direitos sociais fundamentais e os direitos da personalidade, com o intuito de ofertar uma proteção integral do ser humano. Portanto, estando assim, inserida nas seguintes áreas de pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq):

- 1. Ciências Sociais Aplicadas (Código 6.00.00.00-7)
 - 1.1 Direito (Código 6.01.00.00-1)
 - 1.1.1 Direito Público (Código 6.01.02.00-4)
 - 1.1.1.1 Direito Constitucional (Código 6.01.02.05-5)
 - 1.1.1.2 Direito Processual Civil (6.01.02.04-7)
 - 1.1.2 Direito Privado (6.01.03.00-0)
 - 1.1.2.1 Direito Civil (6.01.03.01-9)
 - 1.1.3 Direitos Especiais (6.01.04.00-7)

A dissertação foi desenvolvida como requisito de conclusão do curso de mestrado em Ciências Jurídicas do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar – UNICESUMAR, coordenado pelo Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira. O tema se vincula e se adequa a área promovida na Linha 1 de pesquisa do programa de mestrado – Direitos da personalidade e seu alcance na contemporaneidade - reunindo um estudo interdisciplinar envolvendo o direito público e o direito privado, explorando a questão do fornecimento dos medicamentos de alto custo e, se deve ser disponibilizado de forma ilimitada ou se preciso observar determinadas restrições em prol da aplicação da Teoria da Reserva do Possível, bem como integrar o direito à saúde com o direito da personalidade na consolidação de uma proteção integral do ser humano. Como também, a relação do sistema de patentes com a ordem constitucional de 1988, essencialmente na funcionalização do sistema jurídico em prol da sociedade.

A pesquisa se justifica no atual cenário social, político e jurídico, considerando que o tema explora a relação entre os Direitos Sociais à saúde e os Direitos da Personalidade a uma vida digna encontra-se no centro das discussões com relação ao dever do Estado em prover medicamentos de alto custo, tanto experimentais como os constantes fora da lista disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nesse sentido, pode-se vislumbrar a importância da análise proposta, visto que reverbera em uma área de atuação sensível do Poder Judiciário, que deve equacionar do direito a uma vida digna e o dever do Estado de prover a saúde do ser humano no contexto

do Estado Constitucional, em que há uma crescente judicialização dos direitos sociais fundamentais, trabalhando conjuntamente a Teoria da Reserva do Possível com o respeito ao mínimo existencial, e as consequências geradas assertivas ou prejudiciais ao desenvolvimento tanto dos direitos sociais enquanto direitos sociais fundamentais e no aperfeiçoamento crescente dos direitos da personalidade.

O problema da pesquisa se insere considerando a fundamentalidade do direito social à saúde e no caráter de direito da personalidade do direito à saúde na busca de uma proteção integral do ser humano. É possível dentro desse panorama admitir a limitação do acesso ao fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público com base na Teoria da Reserva do Possível cotejada com a garantia do mínimo existencial ou deve-se ampliar o debate e buscar algumas das razões em que a indústria farmacêutica se fundamenta para o valor excessivo dos medicamentos, e se elas atendem ou não o princípio da função social que alicerça o ordenamento jurídico nacional no marco do Estado Constitucional?

As hipóteses que serão desenvolvidas são as seguintes: **hipótese 1** - O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo não pode sofrer limitação, pois repercutiria diretamente na consolidação do núcleo do direito da personalidade à uma vida digna, norteadado pelo princípio da dignidade da pessoa humana; **hipótese 2** - O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo pode sofrer limitação, mesmo que transgredindo os valores afetos ao direito da personalidade à uma vida digna, desde que respeitados critérios objetivos, postos anteriormente pela autoridade Estatal; **hipótese 3** - O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo pode e deve ser limitado, tendo em vista que a escolha do constituinte em elencar a saúde como direito fundamental social não se traduz da forma que a sua prestação deve ser de forma absoluta e ilimitada, mas sim que existe parâmetros imbuídos pelas Teorias da Reserva do Possível observando o primado da garantia ao mínimo existencial, para que o Estado não venha a se tornar em um Estado irresponsável; **hipótese 4** – O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo deve ser compreendido como uma problemática que reverbera em diversas áreas, ou seja, deve-se ampliar o debate buscando dentro de um círculo protetivo que congregue a saúde como direito humano, direito fundamental e direito da personalidade, e conseqüentemente se faz necessário discutir a função social das patentes de medicamentos que guarnecem a indústria farmacêutica.

O objetivo geral desta pesquisa consiste em trabalhar inicialmente uma base

teórica fundamental de como o Estado Constitucional se formou dando primazia a uma solidificação do Poder Judiciário frente às demandas sociais, estabelecer a construção doutrinária dos direitos sociais, bem como analisar a relação entre os direitos sociais fundamentais e os direitos da personalidade. E como a definição de “reserva do possível”, a acepção do princípio da dignidade humana e o entendimento doutrinário por mínimo existencial repercutem no fornecimento absoluto ou não de medicamentos de alto custo. Se o uso racional dos recursos públicos enfraquece a fundamentalidade dos direitos sociais ou não, bem como se prejudica ou não o desenvolvimento dos direitos da personalidade à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Se a distribuição desses medicamentos pode ou não sofrer limitações, e em que medida contribui ou prejudica o desenvolvimento da proteção aos direitos fundamentais à saúde, tanto na sua perspectiva do ser humano enquanto ser individual, como de forma coletiva frente aos demais membros da sociedade. E como a indústria farmacêutica protege os seus produtos e suas pesquisas medicamentosas, aliando uma análise com os mandamentos constitucionais imprimidos pela Constituição da República de 1988.

Os objetivos específicos são os seguintes: **1** - determinar o sentido e o alcance da Teoria da Reserva do Possível; **2** - determinar o fundamento da distribuição dos medicamentos de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde; **3** - analisar a aplicação da Teoria da Reserva do Possível no implemento do direito social fundamental à saúde com relação ao fornecimento de medicamentos de alto custo, se opera ou não dentro dos parâmetros que conciliam no atendimento ao princípio do mínimo existencial e da dignidade humana, e ainda como a doutrina enxerga a atuação do judiciário quando chamado a resolver os impasses gerados pela falta de prestação pública dos direitos sociais; **4** - Demonstrar qual o entendimento atual que o judiciário vem adotando para equacionar a relação *dignidade humana x reserva do possível* a fim de atender a Carta Magna e discutir se o confronto entre a disponibilidade de recursos públicos pode ser encarado como a única forma de encarar a problemática com relação ao fornecimento dos medicamentos de alto custo pelo Poder Público.

Esta pesquisa tem como método de abordagem o método dedutivo, pois, buscará analisar duas premissas e, a partir dessa análise, chegará a conclusão, qual seja saber até que ponto é aceitável a aplicação da Teoria da Reserva do Possível como justificativa para a falta de efetivação dos direitos sociais sem que prejudique a eficácia das normas constitucionais, colocando o indivíduo em uma situação de

submissão aos recursos financeiros, pondo em risco a efetivação do princípio da dignidade humana e igualdade entre todos.

O procedimento adotado é o método funcionalista, pois a pesquisa é mais interpretativa do que investigativa, ou seja, sobre uma mesma norma existem diversas interpretações doutrinárias, e em cima destas interpretações é que se apoiará a pesquisa.

A pesquisa classifica-se como exploratória, quanto aos seus objetivos, pois procurará proporcionar maior familiaridade com o problema abordado através de levantamento bibliográfico. Para tanto, os procedimentos técnicos utilizados serão de pesquisa bibliográfica e documental (jurisprudência), ou seja, buscará analisar os entendimentos doutrinários em seus diversos posicionamentos, e como vem se posicionando a produção jurisprudencial das cortes superiores, através de livros, artigos e consulta aos *sites* dos tribunais.

Dentro do procedimento bibliográfico, o estudo buscará como objetivo realizar uma ampla abordagem sobre as teorias que informam a temática que circunda o acesso aos medicamentos de alto custo.

2 O PODER JUDICIÁRIO E O ACESSO AOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

2.1 DA FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL AO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE

Inicialmente, no desenvolvimento deste capítulo inicial realiza-se uma incursão no cerne do protagonismo do Poder Judiciário dentro da teoria da formação do Estado até desaguar na construção do Estado Constitucional de Direito, em que com a constitucionalização do direito atraiu para esfera de compreensão do texto constitucional temas tipicamente tratados na legislação infraconstitucional, para atuar sob o predicado de centro irradiador do ordenamento jurídico. A construção do Estado Constitucional repercute de forma decisiva na disciplina dos direitos fundamentais, bem como no fortalecimento da tutela dos direitos da personalidade.

Tem o intuito de fornecer a base necessária para que o operador do direito compreenda como surgiu o protagonismo do Poder Judiciário - especialmente nas questões que envolvam a tutela do ser humano dentro do viés do exercício de sua dignidade humana na fruição dos seus direitos que lhe guarneçam uma vida digna com a promoção e o gozo dos direitos fundamentais sociais que requerem uma atuação ativa por parte do poder estatal.

Com o advento do Estado Constitucional, iniciou-se o fortalecimento de um fenômeno próprio do constitucionalismo contemporâneo buscando ampliar a proteção do ser humano com a inserção crescente de novos direitos dentro do novo paradigma constitucional que se inaugurava, como por exemplo a ampliação dos direitos individuais. Embora sua construção teórica seja bastante recente, o início da luta por alguns direitos, hoje conhecidos como direitos da personalidade remonta à Grécia e Roma antigas. Por outro lado, ainda vivemos sob a égide de um direito tradicionalmente assente num positivismo jurídico dogmático legalista, que se pretende manter vivo e influente no senso comum teórico dos juristas.

A asserção do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor estruturante do Estado Constitucional, possibilitou compreender que o indivíduo tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, pelo simples fato de ser humano, independentemente de possuir ou não bens, como sugere a lógica civil clássica. Assim, emergem, não apenas os direitos do sujeito, mas também o

reconhecimento dos seus direitos.

A dignidade humana que é um dos princípios fundamentais da Constituição da República de 1988, nomeado e disposto como um dos fundamentos da república, contribui para o desenvolvimento e estabelecimento de direitos e garantias fundamentais, isto é, a dignidade humana se perfaz como condição necessária para o desenvolvimento dos direitos da personalidade.

Visualiza-se com a Codificação Civil de 2002, um capítulo inteiro dedicado ao tratamento dos direitos da personalidade, todavia sua lista não é abrangente e nem fechada. Outros direitos protegidos pelo princípio constitucional da dignidade humana devem ser adicionados à constituição. Portanto, a ausência de alguns direitos no rol da codificação Civil não os destitui de sua natureza moral, mas são merecedores de proteção diretamente pelos princípios constitucionais.

Questiona-se, assim, o papel do Poder Judiciário frente aos temas sensíveis da agenda política que são protagonistas das aspirações da atual sociedade moderna dentro do espectro de ampliação da dignidade da pessoa humana. O que vem fornecendo ao ser humano que abandona sua posição de integrante passível de uma sociedade de massa e invisível aos olhos do poder público, como também a análise material do poder exercido nas decisões baseada quase que exclusivamente em princípios constitucionais ou em seus desdobramentos sem a suficiente fundamentação necessária.

Esta dissertação busca realizar uma apreciação dentro de uma matriz de direito material, no escopo de aprofundar os Direitos da Personalidade e seu alcance contemporaneidade. Assim, revela-se essencial apresentar uma base eminentemente teórica para discutir a formação do fenômeno da proeminência do Poder Judiciário como ator fundamental na implantação dos direitos sociais dentro do Estado Constitucional de Direito, em especial, do direito à saúde. O debate encampando sobre a atuação do judiciário permite estruturar os fundamentos da judicialização das questões sociais, matérias tipicamente estatais, e sua relação como desenvolvimento e ampliação do direito material que tutela a dignidade da pessoa humana.

A pesquisa se funda em uma perspectiva material, ou seja, as discussões a respeito dos critérios adotados pelos Tribunais Superiores concernentes a disponibilização de medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde (SUS) por força de ordem judicial, como por exemplo o REsp 1.657.156/RJ (Tema Repetitivo 106), que compilou os critérios necessários ao fornecimento de medicamentos não

incorporados pelo SUS, quais sejam: a) comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, como também que apresente a ineficácia dos medicamentos que são disponibilizados pelo SUS para o tratamento da doença; b) demonstração da incapacidade financeira do paciente quanto a possibilidade de arcar com os custos dos medicamentos requeridos; c) necessidade de que o medicamento ora pleiteado possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), observados os usos autorizados pela Agência; como também pela tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 500 de repercussão geral, em que ficou estabelecido que a ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial, em que não se verifica a possibilidade de se discutir sobre a mora irrazoável da apreciação do pedido de registro do medicamento na ANVISA.

Esses critérios objetivos não são objeto de debate no presente estudo, mas sim, os princípios que os fundamentam ou, ao menos, deveriam servir como suporte teórico em sua construção, como por exemplo: princípio da saúde pública que visa impedir a exposição ao risco grave à saúde pública da sociedade por decisão judicial que determina a disponibilização de fármacos que não possuam o devido registro na ANVISA, bem como emerge flagrante violação ao princípio da separação de poderes quando se estar-se-á diante de decisões proferidas pelo poder judiciário que adentram na seara de atuação da vigilância sanitária referente a mora desarrazoável na análise dos pedidos de registros, matéria consistente a atividade típica da Administração Pública.

A dissertação, essencialmente, enfrenta discussões sobre o alcance dos princípios constitucionais, isto é, um princípio constitucional pode ampliar o alcance de um direito da personalidade de forma quase ilimitada para proteger e promover o acesso aos medicamentos de alto custo ou estar-se-á adentrar no campo do fenômeno da panprincipiologismo (estudos empreendidos com profundidade pelo doutrinador Lênio Streck), em que se questiona o uso de princípios na fundamentação das decisões judiciais cada vez mais frequente e ausente de fundamentação apropriada e consistente que conseqüentemente poderão resultar na sua banalização e corrosão.

Portanto, o presente capítulo busca oferecer respostas sobre a possibilidade ou não da invocação de um princípio constitucional na ampliação de um direito que

venha fornecer proteção a uma vida digna. Neste ponto, aborda-se o princípio da dignidade da pessoa humana para fundamentar a possibilidade da construção ou não de um princípio que garanta o acesso aos medicamentos que venham assegurar a fruição com o mínimo de dignidade. Ou deve-se compreender que a garantia ao acesso aos fármacos de alta tecnologia e custo está inserida dentro do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, sem que se faça necessário criar um novo princípio para alcançar a tutela almejada.

Inicia-se, assim, o debate com a construção e solidificação do Estado Constitucional de Direito. A formação e a origem do fenômeno Estado constituem-se no centro de intenso debate doutrinário quanto à evolução dos primórdios da qualificação de Estado até desaguar no Estado Constitucional. Com base nos estudos de Maurizio Fioravanti sobre Estado e Constituição, analisa-se a inauguração do fenômeno Estado a partir de uma reconstrução histórica da formação do Estado a partir do Estado moderno europeu. O Estado moderno europeu começou a surgir a partir do século XIII quando havia uma tendência de organização do governo nos múltiplos territórios presentes na Europa¹.

Sustenta-se que o Estado moderno europeu, ainda que completo e multiforme, começou a aparecer já na transição da idade média para a moderna. Verifica-se uma estruturação de um Estado, tendo em vista que há uma realidade territorial governada cada vez mais em conjunto, de forma mais institucionalizada, de acordo com regras escritas. Trata-se de um Estado característico da primeira idade moderna que mais tarde dará origem aos Estados Nacionais e ao Estado de Direito. Neste momento, atribui-se a qualidade de Estado porque existe um governo e um território, mesmo diante da ausência da soberania².

O Estado moderno europeu assumiu formas distintas dentro de diferentes experiências constitucionais com diferentes formas de constituições, de modo a organizar os poderes e de regras, em cada momento, dentro de distintas fases que caracterizaram este Estado ao longo de sua existência. A Revolução Francesa representou a ruptura com a época absolutista dando origem a novas formas de Estado: o Estado de Direito que posteriormente transmudou-se em Estado

¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiências históricas y tendencias actuales. Roma: Trotta, 2000, p. 13.

² *Ibid.*, p. 15.

Constitucional³.

Luigi Ferrajoli esclarece que o direito pré-moderno de formação não legislativo, mas jurisprudencial e doutrinal não existia como um sistema unitário e nem formalizado em fontes positivas, mas sim numa pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de diferentes e concorrentes instituições em que nenhuma delas possuía o monopólio da produção jurídica. Assevera o autor, o direito comum estava assegurado pelo desenvolvimento e a atualização da velha tradição romanística, isto é, pela elaboração de doutrinas e jurisprudência cuja validade dependia não da forma de sua produção, mas sim da intrínseca racionalidade da justiça imprimida em seus conteúdos. O Estado Legislativo surge com o estado moderno no momento em que restou estabelecido o monopólio da produção jurídica⁴.

Ferrajoli estabelece que o Estado de Direito moderno nasce com a forma do Estado Legislativo de Direito no momento em que se fez necessário a refundação do direito sobre o princípio da legalidade como garantidor da certeza e da liberdade frente à arbitrariedade estatal. Firma-se o princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido e com a independência e autonomia de sua valoração como justo. Portanto, o princípio da legalidade e as codificações que são expressões de sua atuação constitui uma norma jurídica que é válida não por estar valorada diante de um critério do justo, mas sim exclusivamente por ter sido posta e produzida por uma autoridade dotada de competência normativa⁵.

Luigi Ferrajoli salienta, todos os ordenamentos jurídicos modernos qualificam-se como Estados de Direito sob o ponto da formalidade, visto que possuem fonte e forma legal até mesmo os estados considerados antiliberais, ou seja, constitui-se como qualquer ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados nas formas e com os procedimentos legalmente estabelecidos. Portanto, no sentido material qualificam-se como Estado de Direito somente os ordenamentos em que os poderes públicos se sujeitam à lei, isto é, encontram-se limitados ou vinculados pela lei não só pelo aspecto formal como também com relação ao conteúdo, são ordenamentos em que todos os poderes, incluído o legislativo vinculam-se aos princípios estabelecidos por normas constitucionais, como a divisão de poderes

³ FIORAVANTI, 2001, p. 13.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Neoconstitucionalismo**. Cidade do México: Trotta, 2015, p. 31.

⁵ *Ibid.*, p. 31.

e os direitos fundamentais⁶.

Os significados correspondentes ao Estado de Direito dividem-se entre dois modelos normativos diferentes: o modelo positivista chamado de Estado Legislativo de direito (o Estado Legal), que surge com o monopólio da produção jurídica fruto do Estado Moderno e o modelo neopositivista fundando o Estado Constitucional de Direito (o estado constitucional), produto do pós-segunda guerra mundial, de constituição rígida e de controle de constitucionalidade de leis ordinárias. São modelos que refletem duas experiências históricas diferentes, ambas desenvolvidas no continente europeu. Conclui o autor, a ciência jurídica com a afirmação do princípio da legalidade deixa de ser uma ciência imediatamente normativa para se converter em uma disciplina explicativa de um objeto como direito positivo. Há também uma mudança de paradigma com relação à jurisprudência do direito que passa somente a contar com a lei como sua única fonte legítima⁷.

A própria concepção de direito e de justiça predominante na época medieval se relaciona em sentido amplíssimo ao pensamento de Platão em que a lei deve reproduzir a ordem divina, superior e imutável e não segundo os interesses mutáveis dos homens ou das classes; de Aristóteles que definia a lei como norma acima das paixões humanas, como também por meio da doutrina tomista; aos filósofos estóicos e a Cícero, em que a ideia de direito natural era configurado como a norma superior, de derivação divina, na qual todas as outras normas deviam ser inspiradas. A concepção medieval foi nas suas formulações mais difundidas entre duas escolas distintas: a do Direito Natural, norma superior e inderrogável e a do Direito Positivo que se encontrava submetida a não estar em contraste com a primeira⁸.

O Estado de Direito representa uma das grandes etapas na formação do Estado moderno europeu, compreendido entre a Revolução Francesa e a metade do século XX. O Estado de Direito constitui-se como uma nova forma política em que os revolucionários franceses afirmaram-se frente ao anterior Estado Jurisdicional. Trata-se de uma forma política que dominou a Europa, essencialmente durante a época dos Estados Nacionais, em que dotado de uma Constituição Liberal facilitou o equilíbrio entre os poderes constituídos, em particular entre a monarquia e o parlamento. Ressalte-se, estabeleceu a normatização dos direitos a reserva legal e mostrou-se

⁶ FERRAJOLI, 2015, p. 31.

⁷ *Ibid.*, p. 31.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 51.

cada vez mais afastada da necessidade da intervenção de atos do executivo. A lei passa a assumir uma forma sistemática, ordenada e estável com a instituição de códigos nas matérias civil, penal e de processos. Verifica-se, ao mesmo tempo, que na era das codificações se formou o direito administrativo como direito próprio e específico da Administração Pública destinado a regular de maneira crescente a ação dos poderes públicos, como também possibilitando aos particulares manejar mecanismos contra os atos estatais abusivos, isto é, constituindo-se em um controle judicial sobre os atos do Estado⁹.

O Estado de Direito originalmente esteve ligado ao ideal do regime do governo das leis, não dos homens. Buscava-se a proteção contra o arbítrio e o capricho no exercício da autoridade, um regime de decisões justificadas racionalmente. E como consequência da emancipação dos indivíduos, concepção fornecida pelo Estado Liberal, comprometeu-se em fornecer a garantia da certeza no Direito e com a previsibilidade das decisões jurídicas. A virtude do Estado de Direito consiste na ética do legalismo, conquista dotada de valor moral, pois somente o ser humano será livre e autônomo quando tiver segurança e conhecimento sobre as consequências previamente estabelecidas que atingiram suas ações ou de suas expectativas diante de alguma ação ou fato poderão ser atendidas. Pontua o autor que o Estado de Direito revela valores como a segurança e acerteza jurídica de que somente podem ser promovidos por um Estado que seja governado por meio de regras preestabelecidas claras e inteligíveis em si mesmas, isto é, não pode haver Estado de Direito sem regras de Direito que podem se manifestar tanto na forma de dispositivos em tratados ou em textos constitucionais ou mesmo em leis ordinárias e precedentes judiciais. Continua o autor, os códigos e leis no período moderno representam uma resposta institucional como condição para o exercício da liberdade. A nação que governa por meio das leis protege a liberdade dos indivíduos ao produzir antecipadamente as regras que autorizam a intervenção estatal na esfera privada. Consistindo, assim, no chamado de “consequências normativas” que conduz a sociedade ao cânone da segurança em que o Direito somente provoca consequências sobre atos ou eventos determinando-se previamente regulados¹⁰.

Cappelletti arremata que, para se chegar na compreensão de uma esfera única de sistema jurídico, isto é, a chamada positivação do direito natural e, portanto, a

⁹ FIORAVANTI, 2001, p. 26.

¹⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2000, p. 15.

subsunção ao direito positivo, somente será dada efetivamente a partir das constituições modernas rígidas que se inicia com a Constituição dos Estados Unidos. Constituições que afirmarão como preceitos do direito constitucional positivo os princípios naturais e os direitos inatos, e também oferecerão uma garantia efetiva de concreta aplicação aliada a uma consistente tutela contra normas que contrastarem com o preceito constitucional que contém uma espécie de vontade permanente do povo, enquanto as leis ordinárias apresentam apenas uma vontade transitória e temporária¹¹.

O Estado de direito mostrou-se incapaz de enfrentar os grandes desafios do século XX em que se vislumbra uma nova democracia - uma democracia social contemporânea informada por preceitos constitucionais. A ideia cada vez mais recorrente da incompatibilidade das demandas sociais com o ordenamento jurídico até então posto.

Novaes salienta, que o desenvolvimento da função estruturante da Constituição fornece a revitalização, aprofundamento e generalização das regras da democracia política que o Estado de Direito encontra as contrapartidas que permitem assumir o seu novo papel social sem perder sua legitimidade. Com a extensão da compreensão do dogma da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm realização e proteção em um regime democrático, constituindo assim na característica indissociável do Estado Social uma estrutura democrática em que rejeita qualquer possibilidade da caracterização de Estados Social de Direito que não esteja informado por uma verdadeira democracia política. Portanto, a socialidade fornecida pelos direitos fundamentais exige a presença de preceitos democráticos que resultam, assim, no Estado Democrático de Direito¹².

Peter Haberle realiza uma construção crítica Culturalista com relação a formação do Estado Constitucional diante da doutrina tradicional sobre a teoria geral do Estado em que se encontram os três elementos que constitui o Estado, quais sejam: o povo, o poder e o território. Nessa tríade: povo, poder e território a Constituição não representa um elemento, contudo, uma teoria da constituição deve buscar um modo de incorporar como elemento essencial a presença da Constituição. Como também a teoria dos elementos do Estado tem de ser plenamente conjugada com o elemento da cultura, isto é, a Constituição é uma parte da cultura, devendo

¹¹ CAPPELLETTI, 1989, p. 56.

¹² NOVAES, Jorge Reis. **Direitos sociais**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 207-209.

formar um quarto elemento. Resulta, assim, que os demais elementos do Estado devem ser empregados a partir de uma perspectiva da ciência cultural. O povo como conjunto de homens submetidos aos preceitos do direito (Kant), mas também em seu “status” cultural, vez que a diversidade de identidade dos povos representa-se de natureza cultural. O território do Estado é o território culturalmente formado a partir de um espaço cultural, espaço onde a cultura de um povo é manifestada. O poder do Estado deve ser concebido como determinado de maneira cultural, não atuando de forma natural e espontânea, já que o Estado Constitucional se encontra fundado e limitado normativamente e ao serviço da liberdade cultural¹³.

Cabe enfatizar como a pós-modernidade e sua relação cultural-social vem trazendo uma nova forma de pensar os campos da ciência do conhecimento, inclusive no direito e como não poderia ser diferente, também não se revelou alheia aos seus efeitos. Faz-se mister trabalhar em tempos de globalização o multiculturalismo privilegiando o respeito e promoção das diferenças aliado a um maior diálogo entre todos os segmentos da sociedade numa pluralidade democrática.

O direito constitucional informado pela pós-modernidade caminha para ofertar criações jurídicas originais, personalizadas e de acordo com as diferenças que compõem cada sociedade. Prestigia-se as diferenças sem que signifique estar dissociado com o restante das demais ordens jurídicas mundiais. Consiste-se em avaliar os núcleos comuns das relações sociais sem desprezar a importância que a diferença exige no mundo pós-moderno.

O culturalismo exige uma compreensão unitária da realidade histórica-social, de maneira que o elemento lógico-formal seja apreciado no sistema dos valores de uma cultura. Diante do culturalismo, o Estado constitui-se numa realidade histórica transformada pela própria natureza social do homem, contudo isto não implica na negação da contribuição que consciente e voluntariamente o homem tem trazido à organização da ordem estatal. O culturalismo reflete os princípios fundamentais da teoria dos valores em função dos graus da evolução de cada sociedade¹⁴.

Registre-se, que quando se busca uma reflexão sobre o fenômeno social que fomenta o Estado Constitucional acaba por se deparar com nomenclaturas diversas. Propõe-se, desse modo, demonstrar a inadequação técnica do uso do termo

¹³ HABERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 21.

¹⁴ REALE, Miguel, **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.

“neoconstitucionalismo” que, de forma isolada, é utilizado principalmente pela doutrina latina moderna constitucional para considerar a transformação do papel da Constituição dentro do Estado Moderno, contudo afirma-se com a presente pesquisa que o que se busca com o termo em questão consiste na qualificação que o Estado Constitucional recebeu com a evolução da Constituição enquanto norma fundamental e seu poder normativo.

Alexandre Coutinho Pagliarini expõe que o uso da palavra neoconstitucionalismo constitui um neologismo e que se encontra como artifício e ornamento para definir fenômenos jurídicos que possuem significados determinados. Dentre os diversos significados utilizados para o termo “neoconstitucionalismo” pontua o autor com esmera avidez o relacionado à prática de se interpretar as normas infraconstitucionais segundo as constitucionais, contudo explica que o significado utilizado em verdade constitui uma questão de hierarquia já percebida por Kelsen em sua concepção de escalonamento de normas jurídicas, logo o tal do “neoconstitucionalismo” não poderia relacionar-se com o sentido requerido vez que o austríaco falava em hierarquia normativa desde 1911 quando começou a lecionar na Universidade de Viena¹⁵.

Com a formação do Estado Constitucional surgem os mecanismos necessários e as condições propícias ao desenvolvimento de um Poder Judiciário forte e atuante. A supremacia constitucional elevou a Constituição ao centro do ordenamento jurídico, caracterizando-se como fundamento de validade com prevalência sobre os poderes constituídos, em que o Poder Judiciário representa o garantidor e articulador da efetivação do poder normativo da Constituição.

As constituições modernas extraem o seu fundamento e sua legitimidade de um ato fundador denominado poder constituinte, consistindo na tentativa de captar o consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, transformando um dado momento histórico em algo atemporal, a partir do qual os questionamentos sobre os problemas posteriores são solucionados pela remissão a tal estrutura. Parte-se, assim, da ideia de que o poder constituinte elevará a sociedade ao seu apogeu civilizatório, cultural e organizativo e que ele será o último recurso a ser perseguido por uma sociedade política que chegou ao seu esgotamento associativo. Portanto, o poder constituinte trata-se do ato fundamental e decisivo que transmuda a sociedade

¹⁵ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos e garantias fundamentais**. Curitiba: InterSaberes, 2021, p. 47.

e fornece uma nova estrutura, isto é, o Estado é reedificado e reconfigurado todas as relações que permeiam sua estrutura, de acordo com os propósitos almejados pela sociedade¹⁶.

Importa-se, desta feita, realizar uma reflexão sobre o momento e as razões que os textos constitucionais ordenadores da sociedade restaram qualificados como fundamento do Estado Constitucional.

Biscaretti di Ruffia analisa o termo Constituição em sentido amplo como relação estruturante de organização das instituições estatais em três sentidos jurídicos diversos, mas todos vinculados ao conceito de lei fundamental. No primeiro sentido, como substancial ou objetivo, qualifica-se como conjunto de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não escritas, que definem a estrutura essencial do Estado, isto é, nessa perspectiva substancial todos os Estados Modernos possuem uma Constituição, inclusive os Estados como a Inglaterra. Já no segundo sentido, o significado fornecido em sentido formal constitui-se somente os Estados Modernos em que as normas jurídicas diversas da legislação infraconstitucional possuem um procedimento de elaboração mais dificultoso e mais solene, ou seja, normas expedidas por órgãos especialmente constituídos para tal finalidade ou por órgãos ordinários, mas com procedimentos especiais permeados por procedimentos mais dificultoso e mais solene. E o terceiro significado trata-se do empregado para indicar um ato normativo particular e solene que contém a maioria das disposições substanciais de caráter constitucional¹⁷.

Arremata o autor, o termo Constituição assumiu no final do século XIII na Europa o significado histórico político de que somente os textos legislativos que detinham os princípios essenciais do liberalismo clássico, definindo a estrutura e o funcionamento do Estado. Portanto, somente pode-se falar em Constituições e Estados Constitucionais com o adequado conteúdo político do termo Constituição a partir do momento que restou incorporado os princípios característicos do Estado Liberal¹⁸.

Nos séculos XIX e XX, as constituições entraram em cena para demarcar a transição do “Antes” e “Depois” estabelecendo e declarando os princípios pelos

¹⁶ ACKERMAN, Bruce. **Transformação do Direito Constitucional**. São Paulo: Del Rey, 2010.

¹⁷ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introdução ao Direito Constitucional Comparado**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 499.

¹⁸ *Ibid.*, p. 502.

quais o Povo se governará daqui em diante enquanto sociedade relacionada ao Estado Constitucional. Dentro dessa estrutura, emerge o controle de constitucionalidade como um possível, mas não inevitável, instrumento que combate o retrocesso coletivo, embora “nós, o povo” tenhamos ingressado em uma nova era, é muito fácil desviar-se da direção constitucional, e os juízes exercem o papel de garantia e de tornar dificultado o retrocesso social. Esse conjunto de ideias mostrou-se ser um dos principais produtos de exportação do Ocidente concretizando variações fascinantes pela Europa e pela América Latina no século XIX e se espalhando progressivamente por todo o globo durante o século passado¹⁹.

Com efeito, o Estado Constitucional forneceu uma nova roupagem ao Direito Constitucional, fortalecendo o papel do Poder Judiciário. Espaços antes estaticamente delimitados pelo positivismo jurídico, já não mais encontram higidez absoluta dentro do sistema constitucional.

O conceito tradicional de Constituição como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, numa perspectiva culturalista do Estado Constitucional, reclama uma abordagem ampla em que as estruturas fundamentais da sociedade enquanto plural devem passar pelo filtro cultural, uma vez que a Constituição é criadora e responsável da estabilidade e permanência do Estado e da sociedade. O Estado Constitucional enquanto produto cultural se caracteriza pela dignidade humana como premissa cultural, pela soberania popular e pela divisão de poderes, por direitos fundamentais e a tolerância, pela pluralidade de partidos e a independência dos tribunais, isto é, caracteriza-se como democracia pluralista ou como sociedade aberta²⁰.

Bruce Ackerman assevera o papel do princípio da separação de poderes respondendo à pergunta “separação de poder em nome de quê”. Primeiramente em nome da democracia, visto que a separação pode impedir a ascensão de projetos populistas de autogoverno. Segundo motivo pelo qual a separação conduz a competência profissional, pois as leis democráticas permanecem no puramente simbólico, a menos que os tribunais e as democracias possam implementá-las de forma relativamente imparcial. E terceiro porque traduz o ideal de constituir-se pela proteção e a ampliação dos direitos fundamentais, que sem a efetiva e eficaz separação de modo racional podem incutir o regramento democrático e a

¹⁹ ACKERMAN, 2010, p. 97.

²⁰ HABERLE, 2000, p. 3.

administração técnica como instrumentos da tirania²¹.

O Estado Constitucional imprimiu a valorização dos direitos fundamentais, o que repercutiu na estrutura estatal e na sociedade. O Poder Judiciário recebeu um espaço de atuação na proteção e fiscalização dos preceitos constitucionais, o que acarretou o seu protagonismo.

Os direitos fundamentais preconizados dentro do Estado de Direito dirigiam-se inicialmente a uma demarcação de um espaço de proteção contra os abusos das autoridades que detinham o poder, fundamentou-se como contraponto ao Estado Absolutista, aspiração tão aguardada pela sociedade oitocentista.

Com o advento do século XVIII, desenvolveu-se o direito constitucional moderno marcado com a definição dos elementos que caracterizam a Constituição moderna. As constituições qualificam-se como modernas ao desempenharem duas funções: estruturar o Estado e determinar e garantir os direitos fundamentais. Portanto, deve-se atentar que o bloco de positivação em série dos direitos fundamentais trata-se de um fenômeno particular da modernidade, que nasceram juntamente com o próprio direito constitucional moderno, propriamente registre-se que anteriormente a esse marco o que havia eram movimentos efêmeros, declarações e/ou normas jurídicas à parte, que não tiveram nem constância, e não se protraíram no tempo²².

O alargamento das disposições constitucionais referentes ao direito judiciário impõe na responsabilidade e o papel do Poder Judiciário no cumprimento da Constituição resultando no seu afastamento natural de sua neutralidade enquanto poder, elevando o Poder Judiciário a uma posição de protagonista diante dos demais poderes constituídos.

A neutralidade do Poder Judiciário protege e garante a imagem e a credibilidade enquanto instituição promotora de justiça junto à sociedade. A retirada da neutralidade repercute na exposição do Poder Judiciário, em que o desenho institucional clássico se verifica abalado e instável com o protagonismo resultante.

Mauro Cappelletti afirma que a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso dentro de um sistema democrático de “*checks and balances*”, conjuntamente com a expansão dos ramos políticos do estado moderno. Verifica-se, a própria expansão do direito legislativo no estado moderno a muitos campos

²¹ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. São Paulo: Lumen Juris, 2017, p. 7.

²² PAGLIARINI, 2021, p. 65.

anteriormente ignorados pela lei, acarretou e ainda acarreta a paralela expansão do Poder Judiciário, o que resulta implicitamente o reconhecimento de que na interpretação judiciária da lei está insito certo grau de criatividade²³.

O fenômeno de judicializar a política fundamenta-se essencialmente na transferência do poder de decisão em questões eminentemente políticas ao Poder Judiciário. O Estado Democrático de Direito criou a fundação e as condições próprias para o desenvolvimento pleno do protagonismo do Poder Judiciário que com a constitucionalização cada vez mais ampla de direitos como fundamentais vem retirando da arena deliberativa parlamentar temas tipicamente sociais e políticos, consequentemente transferindo o núcleo protetivo desses direitos às cortes constitucionais.

A judicialização da política trata-se de um termo originário da crescente complexidade e contingência das sociedades modernas, da criação e expansão do Estado do Bem Estar Social moderno. Portanto, a judicialização consiste na ampliação da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões de políticas públicas envolvendo direitos fundamentais constitucionais e da remarcação judicial da competência entre os órgãos do estado²⁴.

A hipertrofia do Poder Judiciário justifica-se na consequência da ideia de que a sociedade almeja e necessita amplamente constitucionalizar temas sensíveis e que resultará em maior proteção social, ou seja, temas antes tratados na legislação ordinária foram erigidos à condição de temas constitucionais. A retirada de temas da agenda política, em verdade, não retira da apreciação deliberativa, verifica-se sim uma transferência para a arena jurisdicional. O que muitas vezes gera toda uma crítica de legitimidade e omissão do dever legislativo, como também o desgaste institucional do próprio Poder Judiciário.

Hirschl critica de forma veemente a crescente intervenção judicial na seara política, seja centrado nas questões relacionadas aos direitos fundamentais, seja por meio da revisão judicial de atos da administração pública ou na judicialização da elaboração de políticas públicas. Segundo o autor, estaríamos diante de uma situação

²³ CAPPELLETTI, 1989, p. 56.

²⁴ HIRSCHL, Ran, The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-753, 2006, p. 742.

institucional próxima de um governo de juízes²⁵.

Com efeito, o desgaste institucional acarreta um desequilíbrio entre as forças dos poderes constituídos o que resulta na corrosão de princípios tão caros à democracia constitucional, clame-se, assim, por soluções democráticas diante desse quadro de falência institucional, dentre as propostas por soluções democráticas.

Barboza explica: “Não se quer colocar o Poder Judiciário como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdadesem nossa sociedade, mas que ele atue junto com os outros poderes(...)”²⁶.

Registre-se, importante contribuição doutrinária que fornece lucidez quanto ao chamado fenômeno da “*commonlaw*ização” no direito de matriz civil *law*. Alexandre Pagliarini, salienta que o princípio da separação de poderes desempenha nos Estados de Direito quase que de forma absoluta uma delimitação rígida entre as atribuições típicas exercidas por cada um dos poderes. Contudo, mesmo diante de um exercício quase estático dos poderes instituídos, verificou-se por muito tempo a preponderância do Executivo, e hoje vivencia-se o protagonismo cada vez mais intenso do Judiciário tanto na seara política como social, em razão do próprio fortalecimento que nos recentes Estados de Direito Constitucionais proporcionou ao poder judiciário, como também do próprio desinteresse e omissão que os demais poderes demonstram em questões polêmicas que requer o comprometimento social e do seu capital político. Entretanto, de modo algum o protagonismo do Judiciário pode ser interpretado como se estivesse se tornando ou transformando num país de raiz “*common law*”²⁷.

A crítica revela-se na pesquisa com o próprio fortalecimento da democracia moderna que se confunde com ascensão do Estado Constitucional o que configura um contrassenso diante do papel que o Poder Judiciário passa a exercer na sociedade contemporânea, tendo em vista que a força normativa do texto constitucional seja ao mesmo tempo responsável pela ampliação e promoção dos processos democráticos é também responsável pelo descompasso do desenho institucional resultante da hegemonia do Poder Judiciário frente aos demais poderes instituídos.

Temas que deveriam passar pelo crivo do parlamento são judicializados em busca de respostas que muitas vezes atropelam o necessário e devido processo

²⁵ HIRSCHL, 2006, p. 745.

²⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. 2005. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

²⁷ PAGLIARINI, 2021, p. 162.

democrático que deveriam se submeter.

Afinal a democracia em tempos de Estado Constitucional informado pelo papel que a Constituição desenvolve dentro da sociedade contemporânea no Estado Democrático de Direito deve estar madura o suficiente para debater questões envolvendo os direitos fundamentais, em especial, delimitar até que ponto o Estado está se utilizando dos temas sensíveis da sociedade em nome da proteção e promoção de suas instituições. No atual estágio constitucional não se pode admitir um parlamento que diante de temas sensíveis se omita para preservar o seu capital eleitoral.

Cumprе ressaltar que o campo de significativo desenvolvimento da judicialização da política insere-se notadamente no setor da saúde pública, resultado direto da ampliação que o texto constitucional de 1988 conferiu à matéria, acrescentado também à circunstância da precariedade da realidade da saúde brasileira. O Poder Judiciário frente a inércia dos demais poderes constituídos passou a definir os critérios para a prestação desses serviços públicos.

O fenômeno da judicialização da política é observado quando o Judiciário, no exercício típico de sua função jurisdicional, atua em questões de natureza política. Reside, pois, em problemas relevantes de natureza política, moral e social que são objeto de uma apreciação judicial definitiva.

Contudo, trata-se de atividades preponderantemente afetas aos poderes legislativo e executivo que são acolhidas pelo Poder Judiciário, haja vista as reiteradas omissões das respectivas esferas estatais na efetivação do direito à saúde na forma proposta pelo texto constitucional. Com isso, os tribunais acabam se tornando atores políticos, ainda que com singularidades e fundamentos distintos de outros poderes. Eles se tornam os papéis principais na determinação dos conflitos morais e políticos envolvidos. As consequências de suas decisões acabam afetando o sistema político. Nesse sentido, o judiciário desempenha atualmente uma significativa função na efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que suas decisões compõem verdadeiros instrumentos de poder, intervindo e influenciando direta ou indiretamente na formação da vontade política dominante²⁸.

²⁸ COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 846-874, 2017, p. 850.

Questione-se, tempos de crise institucional a judicialização da política se faz necessária independentemente de possuir legitimidade ou se invade a seara da atuação das demais instituições públicas. Correlacionando-se o papel das instituições públicas com temas sensíveis da agenda política que são protagonistas das aspirações da atual sociedade moderna dentro do espectro de ampliação que a dignidade da pessoa humana que vêm fornecendo ao ser humano que abandona sua posição de integrante passível de uma sociedade de massa e invisível aos olhos do poder público será possível admitir-se o protagonismo do judiciário.

Conclui-se com o presente capítulo que a formulação clássica da origem do Estado constante na maioria dos manuais de direito constitucional pátrio não se mostra suficiente para o desenvolvimento do estudo jurídico científico do fenômeno Estado.

A pesquisa buscou trabalhar com variados doutrinadores que desenvolvem a origem do Estado sob diversas perspectivas no intuito de alcançar os fundamentos centrais da manifestação deste fenômeno social jurídico e como repercute na sociedade contemporânea explorando o alcance que contribui para compreensão dos fenômenos jurídicos experimentados hodiernamente com o protagonismo do Poder Judiciário.

Em apertada síntese: a origem do Estado remonta desde a formação do Estado moderno europeu, em que inicialmente não se tinha com clareza uma produção normativa concentrada, fruto de uma única fonte de poder. Com o desenvolvimento da sociedade e da concentração do poder restou definido o monopólio da produção jurídica, inaugurando-se assim o chamado Estado Legislativo.

A partir do momento em que o Estado Legislativo precisava evoluir para garantir certeza e previsibilidade jurídica, entrou em cena o Princípio da Legalidade que transmudou o Estado Legislativo em Estado de Direito.

Já o Estado de Direito viveu o seu apogeu na era das codificações e dos Estados Nacionais, contudo com a fomentação da sociedade por direitos que visassem diminuir as desigualdades sociais fez necessário o nascimento das constituições modernas sociais que diante do paradigma da democracia moderna transformou o Estado de Direito em Estado Constitucional.

Com a estruturação do Estado, a partir dos textos constitucionais modernos em que estavam garantidos os direitos fundamentais e atribuíam ao Poder Judiciário a sua defesa e fiscalização, inaugura-se o chamado protagonismo do judiciário. Esse

protagonismo vem se alastrando nas mais diversas áreas das demandas sociais atuais, inclusive na expansão ausente de critérios dos direitos da personalidade.

Portanto, a evolução do Estado decorre progressivamente diante das demandas da sociedade, ou seja, o Estado Constitucional elegeu o Poder Judiciário como guardião dos seus preceitos constitucionais mais caros da sociedade contemporânea, o que resultou na hipertrofia do Poder Judiciário consequentemente ocasionou a formação de um judiciário mais ativo, como também mais demandado, que por vezes interfere na seara de outros poderes, inclusive em temas políticos gerando a judicialização da política. Em verdade, o fundamento de tal distorção entre os poderes é resultado da omissão ou apatia tanto do executivo quanto do legislativo, uma vez que o judiciário atua somente quando provocado.

Os desafios para o futuro consiste em trabalhar com um desenho flexível do principioda separação de poderes que combine uma inter-relação fundada no diálogo entre os poderes para evitar o desgaste institucional que a judicialização da política causa no Poder Judiciário.

2.2 DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DENTRO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Teoria Tradicional os Princípios Gerais do Direito divide-se quanto a doutrina que influenciou o seu desenvolvimento. Para as doutrinas de inspiração positivistas, os princípios gerais dos direitos são aqueles historicamente circunstanciais e variáveis, que servem como fundamento na formação de cada legislação na sua aplicação concreta. Já para as concepções racionalistas o termo princípios gerais do direito atribui-se o sentido de princípios universais, absolutos e eternos, correspondentes aos princípios do direito natural. Em uma concepção integral da matéria, conclui-se que os princípios gerais do direito se referem tanto aos valores historicamente circunstanciais e variáveis, a que compreende a visão positivista, como também os princípios universais referidos pela doutrina de inspiração racionalista, desde que cada adoção de sentido esteja devidamente fundamentada na concepção contemplada²⁹.

Historicamente os princípios gerais de direito remetem-se a uma construção

²⁹ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 381-382.

proveniente da escola positivista firmada no final do século XIX, como forma de proporcionar a sustentação necessária para assegurar o preceito incutido pelo positivismo jurídico de um sistema jurídico fechado de normas, em que fornece soluções para todas as hipóteses, mesmo daquelas não expressamente previstas nos textos das leis. Os princípios gerais, dentro da concepção positivista, situam-se em um nível infraconstitucional, o que resultava no afastamento do ambiente normativo propriamente dito, isto é, como não eram compreendidos e nem possuíam natureza normativa não se submetiam ao regime jurídico das normas de direito positivo, já que a fonte normativa no sistema positivo era somente uma, a lei. Portanto, na inexistência de lei para o caso concreto específico, a própria lei autoriza o fechamento do sistema com o recurso de origem extraordinária: os costumes, a analogia e os princípios gerais de direito³⁰.

Maria Helena Diniz explica em seu clássico *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, que a função do princípio geral do direito consiste em preencher as lacunas que a analogia e os costumes não foram capazes de dirimir, isto é, apresenta-se sob uma diretriz que busca a integração das lacunas deixadas pela própria lei, mas não apresentam um conceito definido, apresenta um caráter impreciso e vago, tendo em vista que o elaborador da norma não diz o que se deve compreender por princípio. Razão pela qual os princípios gerais de direito encontram diversas fundamentações pelas escolas jurídicas³¹.

Vicente Ráo leciona que o método para se definir e identificar os princípios gerais de direito parte das disposições particulares da lei e busca sua determinação elevando-as de forma crescente até encontrar o princípio que corresponda ao caso concreto não previsto em lei. O autor assevera que essa investigação não pode ficar ao livre e exclusivo arbítrio do operador do direito, pois existem limitações que se impõe decorrentes dos princípios fundamentais do sistema legislativo, princípios que constam ora explicitamente, ora implicitamente³².

Os princípios do Direito eram concebidos de incidência lateral no Direito positivo, de valor relativizado e entendidos como válvulas morais do sistema jurídico, sendo de aplicabilidade subsidiária diante da ausência de lei que regulasse o caso

³⁰ CHUEIRI, Vera Karam de. **Fundamentos de direito constitucional**: novos horizontes brasileiros. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 248-249.

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102.

³² RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 288.

concreto. Com a constitucionalização do Direito, com o embate do pós-positivismo no Direito Constitucional e a consolidação do Estado Constitucional ocorreu uma remodelação do conceito e do peso dos princípios no interior da Teoria das Fontes Jurídicas do Direito, o que acarretou uma ressignificação do papel dos princípios jurídicos no sistema jurídico³³.

O advento da Teoria Contemporânea dos Princípios Jurídicos representou um marco na evolução da Teoria Geral do Direito, em especial na Teoria da Norma Jurídica, decorrente da consolidação do Estado Constitucional como oposição à Teoria Tradicional dos Princípios Gerais do Direito. Com o Estado Constitucional surge a necessidade do desenvolvimento de uma teoria que venha fornecer os ditames necessários para uma maior compreensão das normas constitucionais que cada vez mais ganham importância na órbita do ordenamento jurídico imbuído em fazer e realizar justiça e na aproximação do direito com a moral. É neste contexto, em que o Direito Constitucional vem alcançando o seu aperfeiçoamento como protagonista e regente central do sistema jurídico, ganha, nesse processo, relevância a distinção entre princípios e regras.

Os debates com maior intensidade sobre a problemática do conceito de princípios, com relação a existência da diferença entre princípios e regras, foram certamente desenvolvidos pelos autores Dworkin e Alexy. Cada autor trabalha sua posição sob pressupostos metodológicos diversos, resultando, assim, na identificação de premissas distintas para especificar os pontos que permitem estabelecer a diferenciação entre regras e princípios. No caso de Alexy, o seu pensamento fixa a sua distinção de forma estrutural, de natureza semântica, já Dworkin estabelece sua concepção quanto a diferenciação sob uma natureza mais fenomenológica³⁴.

O grande marco desenvolvido pela Teoria Contemporânea sobre os princípios jurídicos foi estabelecer que os princípios jurídicos dentro do Estado Constitucional não se resumiam mais somente a simples função de colmatação das lacunas oriundas do ordenamento jurídico, mas agora elevadas ao patamar de normas jurídicas vinculantes que devem estar presente em todo e qualquer momento da aplicação do direito no contexto de uma comunidade política³⁵.

³³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Introdução ao estudo do direito**: humanismo, democracia e justiça. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 218.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 12.

³⁵ *Ibid.*, p. 12.

Dworkin ensina que existe uma diferença lógica entre regras e princípios, que se fundamenta com base nos critérios relativos à sua aplicabilidade, em que as regras se aplicam sob a concepção do tudo ou nada e os princípios se aplicam de acordo com o seu peso ou sua importância diante do caso concreto. Portanto, eleva-se o valor dos princípios ao mesmo patamar das regras como normas jurídicas dentro do sistema jurídico, com base no raciocínio de que os princípios adquirem a função de instrumento de auxílio da decisão judicial e, para o Direito fornecendo dados fundamentais para a construção da validade do sistema³⁶.

Ronald Dworkin estabelece que os princípios em sentido amplo se expressam em duas categorias: os *Principles* e as *Policies*. *Principles* constituem os chamados princípios em sentido estrito que buscam proteger, em essência, os direitos fundamentais individuais. Já as *Policies* tratam-se das diretrizes ou políticas que orientam a atividade que almeja a consecução dos objetivos coletivos sociais, isto é, a política consiste em um padrão que especifica e determina os objetivos a serem alcançados em prol da comunidade, seja com viés econômico, social ou político. Convém registrar que os objetivos a serem traçados pela *policies* podem constituir-se como positivos ou negativos. Positivos quando demandam uma atuação ativa na concretude do objetivo perseguido, negativo quando visam proteger uma determinada situação contra modificações adversas³⁷.

Importa precisar que o Princípio em sentido estrito configura-se como o critério que não procura promover ou proteger uma situação política, econômica ou social, mas sim em uma aplicação que busca estabelecer parâmetros de justiça, equidade ou alguma dimensão correlata à moralidade. Portanto, os *Principles* atraem uma dimensão individual, enquanto as *Policies* atuam em uma dimensão comunitária.

Alexy desenvolve uma teoria de princípios com maior rigor e sofisticação do que a proposta por Dworkin. Parte de dois pressupostos básicos semelhantes aos elaborados por Dworkin: **1)** a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies do gênero norma. **2)** a distinção tem um caráter qualitativa, e não de grau³⁸.

A principal contribuição de Alexy foi ter desenvolvido a tese dos princípios como

³⁶ BITTAR, 2018, p. 36.

³⁷ CHUEIRI, 2022, p. 104.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 27.

mandados de otimização. Mandados de otimização significam que a aplicabilidade dos princípios deve ser realizada no máximo, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Consequentemente, Alexy, compreende que os princípios poderiam ser satisfeitos em graus diferentes, algo que a teoria proposta por Dworkin não abrange³⁹.

E em caso de conflitos entre princípios deve haver ponderação entre eles por meio da proporcionalidade. Portanto, a ponderação é um método racional de solução de conflitos entre princípios e a proporcionalidade é o procedimento, a forma como se realiza a ponderação⁴⁰.

Com relação ao processo decisório no Brasil, nos últimos anos, especialmente após a Constituição da República de 1988, vem sendo dominado por um fenômeno intitulado de Panprincipiologia, em que há uma proliferação desmedida de decisões judiciais baseadas em princípios, que em verdade se mostram mais como pseudo princípios, em que a criação desses princípios ocorre de acordo com a vontade do julgador, na qual a decisão resulta de uma orientação pessoal de cada intérprete. Isto é, ocorre a utilização de um falso princípio que se expõe ausente embasamento teórico e histórico sólido. O que abre espaço para questionamentos sobre a configuração de uma crescente discricionariedade arbitrária no processo judicial, em que se visualiza o fenômeno do panprincipiologismo que se traduz como um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por fragilizar as conquistas que formaram e consagraram a Constituição da República de 1988, tendo em vista que a pretexto de aplicar os princípios constitucionais resultam em uma proliferação descontrolada para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional⁴¹.

Lenio Streck explica que o panprincipiologismo tem origem complexa, que resumidamente tenta de forma simplificada superar o velho positivismo, ou seja, possui o objetivo de resolver um problema insolúvel que são as hipóteses que o direito não aborda, criando vazios normativos, apostando na discricionariedade. Portanto, não é qualquer um e nem qualquer coisa que pode ser concebido como princípio jurídico. Um possível catálogo de princípios seria em verdade um reduzidíssimo, ou seja, não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito

³⁹ SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011, p. 97.

⁴⁰ CHUEIRI, 2022, p. 341.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio : dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 194, p. 7-21, 2012, p. 11.

não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de forma livre para solucionar pseudoproblemas não são princípios, pois eles não existem sem a historicidade do direito⁴².

O autor expõe questionamento sobre a proliferação de princípios no direito brasileiro. **1)** Onde está a normatividade desses princípios. **2)** Onde está o caráter deontológico. **3)** Qual é a legitimidade de sua constituição. **4)** Quem os elaborou e em que condições. **5)** Se princípios são normas, então valem. Mas, e a lei e a Constituição, construídas democraticamente, o que fazer com este material⁴³.

O positivismo cujo fundamento se fixa dentro de um legalismo estrito e no postulado de uma legitimidade jurídica provavelmente privativa à pessoa do legislador, se aparelha com o advento do pós-positivismo e da hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais, cujos padrões racionais devem estabelecer o padrão de todos os fundamentos das decisões judiciais. O novo constitucionalismo contemporâneo é aplicado para sistematizar a crítica à discricionariedade judicial e ao arbítrio mostrando que o panprincipiologismo é uma manifestação claramente autocrática da jurisdição, vista como atividade pessoal do juiz dado o uso frequente de critérios metajurídicos como o modo de fundamentação das decisões judiciais, o que acarreta uma atuação permeada por um decisionismo⁴⁴.

Do ponto de vista do constitucionalismo contemporâneo, a jurisdição deve ser observada como direito fundamental do cidadão e não como atividade direcionada e pessoal do juiz. Tal proposta torna-se relevante no contexto da ampliação desmedida de princípios utilizados nas fundamentações judiciais, o que consequentemente opera a ampliação de direitos tutelados pelo Estado Constitucional. Portanto, a racionalidade crítica é o critério dominante que deveria nortear a construção democrático-participativa dos arranjos jurisdicionais. Isso equivale a dizer que a segurança jurídica, no campo processual, exige do juiz que sua decisão não seja reflexo de especulações pessoais, resultante de uma subjetividade pautada em critérios axiológicos⁴⁵.

O Estado Constitucional forneceu com sua base democrática e fundada na sua força normativa e na normatividade dos princípios constitucionais os meios para

⁴² STRECK, 2012, p. 12.

⁴³ *Idib.*, p. 13.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 548.

⁴⁵ SOUSA, 2011, p. 100.

combater e gerar o enfrentamento da discricionariedade judicial típico do positivismo e com a ajuda de conjecturas democráticas de tomada de decisão jurídica. Portanto, essa teoria do panprincipiologismo visa garantir que os juízes que estão inflados por excessiva discricionariedade não devem prevalecer sobre o ordenamento jurídico posto. Ao enfatizar a necessidade da interpretação hermenêutica do direito demonstra a importância do constitucionalismo streckiano contemporâneo, significa que as autoridades judiciárias são incentivadas a atribuir cada vez mais o melhor sentido do direito fazendo, assim, ações conscientes e racionais do uso responsável da discricionariedade que lhes corresponde, de modo que é apenas um instrumento para adequar as normas e princípios ao caso concreto. Com a implementação da racionalidade crítica nas decisões judiciais, será possível reduzir o uso da discricionariedade como instrumento da arbitrariedade judicial, na qual, sob o manto de princípios atingiram decisões fundamentadas racionalmente proferidas pelos magistrados como pessoas imparciais que atuem com suporte em fatos, normas e princípios disponíveis no sistema jurídico atual⁴⁶.

Importa salientar que o Estado Constitucional não forneceu uma espécie de carta branca para a criação de princípios ao bel prazer do julgador, mas sim que os princípios atribuem uma base sólida que não deixa brechas para o exercício de uma discricionariedade arbitrária. Todavia, o que vêm se observando é um predomínio de uso de princípios de forma irrazoável e com baixa qualidade técnica pelo judiciário brasileiro, em que se vislumbra a formação de um palco para o desenvolvimento da arbitrariedade pautada em pseudos princípios.

Suelen da Silva Webber, aponta que os princípios tornaram-se desculpas teóricas para as escolhas pessoais, e as escolhas pessoais restringem o respeito aos direitos fundamentais, como também fomentam a sua banalização e corrosão. Os pedidos de medicamentos de alto custo, muitas vezes, são baseados no princípio da dignidade humana, sendo julgado improcedente demonstrando que na realidade não desempenha nenhum papel neste contexto, denota-se, assim, que o magistrado não se aprofundou no alcance do referido princípio. Este é um caminho sem volta. Deve-se agir urgentemente: se os princípios se tornam o que os juízes dizem, o direito também se tornará refém do que os Tribunais dizem, por meio desses "princípios". E

⁴⁶ WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, p. 305-324, 2013, p. 322.

logo vão começar a falar sobre o que é democracia, surgindo desta feita a importância de possuir um conhecimento técnico do que venha a ser um princípio ou talvez até o que não se define como princípio. Ao compreender do que se trata, um princípio resulta na sua proteção contra as recorrentes banalizações que vêm se proliferando no cenário atual e adquire-se armas para combater o arbítrio discricionário do Poder Judiciário. A atuação judicial para estar em conformidade com os ditames do Estado Constitucional deve buscar resposta verdadeiramente motivada que conduz ao cumprimento do disposto na Constituição da República de 1988. Trata-se de uma obrigação o cumprimento ao texto constitucional e, não um ideal. Decisões lastreadas em falsos princípios em clima de discricionariedade livre e irrestrita não é a decisão no molde do que o constitucionalismo exige, fere os direitos fundamentais de todo cidadão brasileiro⁴⁷.

Com a definição de uma teoria contemporânea dos princípios jurídicos constitucionais dotados de normatividade adentra-se, neste momento no campo do princípio da dignidade da pessoa humana. Em uma breve retrospectiva histórica, apesar de a dignidade humana ser reconhecida anteriormente por positivistas, somente após a Segunda Guerra Mundial que a dignidade da pessoa humana começa apontar-se como núcleo do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

Moraes constitui a dignidade humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito, e descreve o princípio da seguinte maneira. Dignidade da pessoa humana: Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos⁴⁸.

A dignidade da pessoa humana constitui o princípio máximo do Estado

⁴⁷ WEBBER, 2013, p. 322.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

Democrático, servindo como seu alicerce e também como seu objetivo, tanto que este princípio atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais dos indivíduos, logo poder-se-á considerar a dignidade humana a base da existência humana e do ordenamento jurídico. Além de ser um dos fundamentos da Constituição da República de 1988, também é uma das finalidades da ordem econômica brasileira e por este motivo se diz que além de alicerce, o princípio também é objetivo do Estado. A ordem econômica é situada no ordenamento objetivando a existência humana digna dos homens, trazendo no seu dispositivo art. 170 da Constituição da República de 1988 mecanismos para tornar eficaz o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana. Nunes Júnior define a dignidade humana da seguinte forma:

Destarte, podemos conceituar a dignidade humana como o postuladodético que, incorporado ao ordenamento jurídico, consubstancia o princípio segundo o qual o ser humano, quer nas suas relações com seus semelhantes, quer nas suas relações com o Estado, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e não como um meio, o que faz dignitário de um valor absoluto, donde exsurge um regime jurídico que apresenta uma feição negativa e positiva. A primeira impõe aos demais e ao Estado o dever de respeito à sua incolumidade física, psíquica e social (entendida aqui como a liberdade para se autodeterminar e para, com os demais, participar da autodeterminação da comunidade na qual se integra). A segunda consubstancia a exigência de prestações do Estado que afiancem os pressupostos materiais mínimos para a preservação da vida e a inclusão na sociedade, bem como a proteção em relações privadas, em que se saliente sua situação de vulnerabilidade (por ex., relações de trabalho, consumo etc.) [...] ⁴⁹.

Ainda, há de se considerar o caráter flexível que o princípio da dignidade humana deve conter para abarcar todos os seus aspectos, tanto os que protegem o indivíduo contra qualquer ato desumano e degradante, quanto os que venham lhe propiciar e promover sua participação ativa na sociedade e ainda suas condições mínimas existenciais.

A dignidade da pessoa humana não pode jamais ser desprezada ou deixada em segundo plano, devendo ser considerada essencial sob qualquer aspecto, independentemente de que tipo de relação se trata, seja entre cidadãos ou Estado. É por meio deste princípio que se busca a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, promovendo o desenvolvimento social, o bem social sem preconceitos, reduzindo desigualdades, a pobreza e a marginalização, conforme previsto no preâmbulo da Constituição da República de 1988.

⁴⁹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 114.

Miranda sistematizou características da dignidade da pessoa humana:

a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas⁵⁰.

Dessa forma, compreende-se que a dignidade da pessoa humana é a base existencial do ser humano, possuindo um amplo sentido constitucional a fim de abarcar todos os indivíduos, e como forma de tornar isso possível, a ordem econômica brasileira é estabelecida constitucionalmente compreendendo um rol de mecanismos que servirão de instrumentos para realização do princípio da dignidade humana.

Os textos constitucionais inicialmente idealizados como meros estatutos de organização dos Estados, após as atrocidades perpetradas durante a 2ª Guerra Mundial passaram a incorporar institutos nucleares do direito privado, implicação resultante da influência e consolidação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o que acarretou em uma constitucionalização do direito civil que não estaria mais circunscrito exclusivamente dentro de valores imbuídos de ideologia burguesa da propriedade e da autonomia privada, cedendo, assim, espaço para o desenvolvimento da tutela da pessoa humana, reconhecendo toda a sua diversidade e complexidade. Com efeito, o constitucionalismo contemporâneo fundamenta-se dentro do marco da dignidade da pessoa humana aliada à valorização da despatrimonialização do direito⁵¹.

A inserção do princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como forma de reconstruir os direitos desrespeitados, isto é, transformou-se no eixo central de diversos documentos jurídicos do pós Segunda Guerra Mundial⁵².

Com o iluminismo ocorre o deslocamento do centro das preocupações políticas e jurídicas do Estado para o homem, em que a essência do homem é o próprio homem e sua razão. Kant forneceu uma visão com teor universal, em que o homem não pode

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 169.

⁵¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

⁵² CHUEIRI, 2022, p. 256.

ser entendido como meio, mas sim como um fim em si mesmo, pois o ser humano não tem preço, não se admite que seja avaliado como coisa e, que faz jus a um tratamento que lhe garanta resguardá-lo em sua dignidade. O filósofo aponta a relevância da autonomia moral do ser humano, o que constitui em um marco para a história do conceito da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, também, a importância dos estudos de Hegel com uma noção diferente para a dignidade. Hegel compreende a dignidade como uma concessão efetiva de direitos no qual o sujeito se vê reconhecido como membro de uma sociedade, isto é, trata-se de uma contingência absoluta do particular que se abre para a alteridade, diversamente de Kant, que retira do sujeito a sua contingência e o reduz a um sujeito racional que pode tomar decisões morais autônomas⁵³.

Já Ronald Dworkin expõe que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sofrendo com o uso desmedido ou com o seu emprego equivocado, tendo em vista que é utilizado de forma irrefletida para proporcionar argumentos ou emotividades vazias. Portanto, o autor estabelece que a dignidade deve obedecer a dois critérios: autorrespeito e autenticidade. Autorrespeito corresponde a necessidade de que cada pessoa deve levar sua própria vida a sério, ou seja, deve aceitar que a sua vida seja encarada como uma performance que vale a pena, ao contrário de, diante das oportunidades, desperdiçá-las. Autenticidade significa que toda pessoa deve ter especial responsabilidade em identificar o que conta como sucesso em sua própria existência, portanto deve ser responsável pela criação de sua própria vida por meio de uma narrativa ou estilo que lhe seja adequado. Dworkin lembra que o conceito interpretativo da dignidade é amplo, admitindo diversas outras concepções⁵⁴.

Ana Paula Barcellos esclarece que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fenômenos que possui sua origem externa ao mundo jurídico, a qual foi absorvida pelo direito no reconhecimento da distinção dos seres humanos aos demais seres da natureza. O ser humano com a dignidade humana adquiriu um valor intrínseco e a titularidade de posições jurídicas independentemente de qual ordem jurídica esteja submetido. Portanto, o conteúdo da dignidade humana possui estreita relação com os proclamados direitos fundamentais, tendo em perspectiva que somente estará sendo respeitado o valor da dignidade quando estiverem sendo promovidos e concretizados os direitos fundamentais dos indivíduos. A autora salienta a importância que se deve

⁵³ CHUEIRI, 2022, p. 260.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 257.

exigir ao abarcar o entendimento de que a dignidade não se esgota dentro da disciplina reservada aos direitos fundamentais, já que a dignidade da pessoa humana fundamenta toda a ordem jurídica com a consolidação do Estado Constitucional. Conclui a autora amparada na lição de José Carlos Vieira de Andrade assentando a relevância de reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa fornece a base para todos os direitos constitucionalmente consagrados relacionados tanto aos direitos e liberdades clássicas, quanto aos direitos políticos, trabalhistas e prestacionais⁵⁵.

Daniel Sarmento define em sua doutrina a existência de quatro componentes que informam o conteúdo fundamental do princípio da dignidade humana. O primeiro componente trabalha com o valor intrínseco de cada pessoa humana relacionando-o com os estudos kantianos, na qual o ser humano não pode ser compreendido como meio, mas sim como fim em si mesmo. O segundo componente estabelece a importância da autonomia do ser humano, constituindo a liberdade e o direito dele em poder realizar as escolhas que definirão sua vida e o seu modo de atuar na sociedade, como também de participar livremente na formação da vontade coletiva de uma comunidade política. O terceiro componente refere-se a garantia do mínimo existencial ao indivíduo, isto é, garantir as condições para o desenvolvimento de uma vida digna aliada aos pressupostos básicos materiais de uma dignidade sustentável. O quarto componente trata-se do reconhecimento de igual respeito referente a identidade de cada indivíduo, ou seja, impõe restrições aos atos que possam diminuir ou prejudicar o livre gozo dos direitos universais por grupos marginalizados que se encontram em posição de vulnerabilidade dentro da sociedade contemporânea, como também exige a atuação do Estado na promoção de medidas que busquem valorizar as diferenças e proteger as necessidades particulares desses seres humanos em situação de vulnerabilidade, por meio de políticas públicas direcionadas para inserção de mecanismos que promovam ações afirmativas⁵⁶.

Alexy expõe que a dignidade da pessoa humana tanto pode ser compreendida como um princípio como sendo uma regra, já que corresponde ao gênero norma. A dignidade na feição princípio admite ser ponderada frente a outros princípios diante do caso concreto, todavia quando corresponde a uma regra não se questiona se ela

⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 204.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 65.

precede ou não a outras normas, pois o confronto entre normas recai sobre o plano da validade, isto é, se verifica a ocorrência ou não de sua violação. Portanto, a dignidade enquanto princípio atrai um juízo de precedência e, como regra, a dignidade da pessoa humana pode ou não ser lesionada⁵⁷.

Ressalta-se, a dignidade da pessoa humana ainda que seu peso de valoração seja de intensa qualificação dentro do sistema jurídico e lhe confira preponderância na esmagadora maioria dos casos concretos não exclui a possibilidade de sua ponderação em determinadas especificidades diante de outros princípios jurídicos. Admitir que a dignidade possa ser objeto de ponderação se justifica na medida que ela apresenta um caráter dúplice, em que convivem paralelamente tanto a concepção estática (confere um núcleo irreduzível e invariável de indivíduo para indivíduo, garantindo uma condição mínima de dignidade para todos os seres humanos, independentemente de sua origem, raça, sexo e condição social), como a concepção dinâmica (admite que determinados fatores e circunstâncias permitam justificar uma certa relativização da dignidade da pessoa humana, desde que respeitado o núcleo mínimo que deve ser observado na concepção estática). Como exemplo relativo à concepção dinâmica: ocorre quando o julgador estiver diante de uma situação em que o indivíduo tenha afrontado valores igualmente relevantes e, reste compreendido que possa ser atingida sua dignidade da pessoa humana, desde que não se adentre no seu núcleo mínimo, é o caso do indivíduo que tem a sua liberdade cerceada pelo cometimento de um crime, mas que deve ter garantida a proteção ao seu núcleo mínimo de dignidade⁵⁸.

Peter Habermas trabalha a dignidade da pessoa humana sob uma dimensão cultural, na qual a dignidade é compreendida não como algo inerente à natureza humana, mas sim a partir de uma visão cultural, construção do trabalho de inúmeras gerações e da humanidade como um todo. Portanto, se faz necessário vislumbrar a dignidade em seu viés social, em que cada indivíduo possui a mesma fração que cabe a cada um, como também a referente a todos os indivíduos, justamente por todos serem iguais devem estamparem a mesma dignidade e direitos, resultado da circunstância de pertencerem a uma mesma comunidade ou grupo⁵⁹.

O autor expõe que mesmo a dignidade sob a perspectiva cultural não possui o

⁵⁷ ALEXY, 2001, p. 37.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 37.

⁵⁹ HABERMAS, 2000, p. 60.

condão de estabelecer um conceito universal, pois inexiste a possibilidade de fornecer tal conceito diante da inevitável diversidade cultural que circunda o mundo, bem como os conflitos gerados na avaliação pelas práticas sociais de uma determinada cultura que podem se mostrar deveras ofensiva no contexto de outra cultura. Peter analisando o trabalho de Dworkin que apresenta o questionamento sobre a existência de um direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna, expõe que tal ponderação dworkiana não significa que cada sociedade civilizada não possua seus próprios padrões e convenções do que venha a constituir indignidade, isto é, os padrões são forjados de acordo com o local e a época de suas formações⁶⁰.

Dworkin argumenta, que o princípio da dignidade da pessoa humana que diante dos “hard case”, em que não existe uma regra clara disciplinando o caso concreto ou quando a sua aplicação implique em uma consequência injusta, como nos casos que envolvem pacientes terminais afligidos por situações de extremo sofrimento faz-se necessário questionar o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, deve-se respeitar a dignidade do paciente acometido por grave moléstia que se traduz no respeito a sua liberdade da manutenção ou não de tratamento ineficaz e apenas profilático, ou se deve prolongar o tratamento independentemente da vontade do paciente ou mesmo de seus familiares. Portanto, visualiza-se um embate entre duas concepções, em que Dworkin entende que a dignidade da pessoa humana consiste que se trata do marco mais relevante da cultura política ocidental, em que os indivíduos para ter sua dignidade preservada devem possuir o direito a sua responsabilidade moral de enfrentar por si mesmo as questões fundamentais acerca do significado e valor de suas próprias escolhas, isto é, respondem com as suas próprias convicções o direito de autodeterminação. A autodeterminação consiste no que mais fortalece a liberdade humana que se traduz no pensamento dworkiano no elemento fundamental para efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana⁶¹.

Com efeito, Dworkin estabelece que a dignidade da pessoa humana significa, em última análise autodeterminação, em que a autonomia se reveste imbuída na concepção kantiana na medida que o ser humano não pode ser meio (objetivado), mas, sim, um fim em si mesmo. A autodeterminação do indivíduo deve ser inviolável, ou seja, é o reconhecimento do direito individual de decidir a respeito das questões

⁶⁰ *Ibid.*, p. 66.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 164.

centrais de valor que norteiam o desenvolvimento de sua personalidade e, se encontram dentro da sua esfera de responsabilidade tomar tais decisões. Trata-se de uma relação indissociável da dignidade e da autonomia⁶².

Autonomia é o fato de o paciente ser capaz de agir com opinião e autodeterminação. Consequentemente, a decisão livre e racional do indivíduo requer que o médico informe sobre sua situação real de vida e seja apto a selecionar o que julga mais confortável naquele momento. Além disso, o paciente tem também seus interesses fundamentais, portanto aquilo que realmente importa para ele, estando ele no momento capaz ou não de decidir. No entanto, a vida humana é considerada valiosa em si mesma, ou seja, deve ser assegurado o valor intrínseco da vida do paciente, podendo inclusive ir contra seus próprios interesses, pois a própria vida possui um valor sagrado e indiscutível. Dworkin trabalha com princípio da vida humana com muitas reservas, por um lado, porque não respeita a autonomia do paciente ou os interesses da família e, por outro, porque visa a quantidade de vida, independentemente de sua qualidade. Nesse sentido, o valor intrínseco da vida significa respeito pela própria vida⁶³.

Dentro dessa perspectiva discute-se a abrangência da dignidade da pessoa humana com relação aos medicamentos de alto custo, que muitas vezes não constam com a aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Isis Machado expõe que partindo do pressuposto de que a grande maioria da população brasileira apresenta considerada condição de vulnerabilidade, dadas as desigualdades sociais e a falta de bons fundamentos educacionais, o que reflete no nível de interpretação dos dados necessários ao uso de determinado remédio, faz-se necessário que o Estado intervenha nas divulgações desses medicamentos para que a dignidade da população venha a ser atingida e se busque a sua preservação, ou seja, é papel do Estado zelar pela integridade de seus cidadãos, evitando que sejam submetidos a riscos ou agressões à sua saúde, evitando a exposição desmedida a qualquer tipo de nova tecnologia propagada sem comprovação de eficácia e eficiência, a fim de proteger as pessoas. Salienta-se que se constitui em ponto central diante de um pedido judicial de um medicamento que não possui registro na ANVISA analisar a

⁶² DWORKIN, 2002, p. 178.

⁶³ BARBOSA, Evandro; COSTA, Thaís Cristina Alves. A concepção de dignidade humana em Ronald Dworkin: um problema de ética prática. **Revista de Filosofia**, Amargosa, v. 13, n. 1, p. 306-316, jun. 2016, p. 307.

autonomia de cada indivíduo, como também examinar o tipo de vulnerabilidade a que está exposto, pois em algumas situações há vulnerabilidade de informação ou situação de desespero devido a uma determinada condição de saúde. Uma pessoa pode optar pelo tratamento sem se preocupar ou perceber os riscos que pode estar enfrentando. O papel do Estado não deve ser de tomar decisões por seus cidadãos, mas reduzir as desigualdades sociais existentes, para que o maior número possível de pessoas tenha acesso consciente às vantagens que o medicamento pode proporcionar no combate às doenças ou reduzir suas consequências. Por outro lado, o Estado também tem o dever de garantir o máximo nível de informação disponível aos indivíduos para que possam ser sujeitos de suas decisões de forma consciente e autônoma, o que garante a preservação de sua dignidade da pessoa humana⁶⁴.

Com efeito, sob um viés dworkiano em que a dignidade da pessoa humana se expressa na liberdade e na autonomia dos indivíduos, têm-se que cabe a cada ser humano avaliar e ser responsável pela sua autodeterminação nas escolhas que permeiam o livre desenvolvimento de seus direitos da personalidade. No entanto, dentro da realidade social brasileira o exercício de suas individualidades na promoção de sua dignidade pode gerar riscos não previstos frente ao desconhecimento de fármacos experimentais, ou seja, o Estado deve realizar uma composição entre a vulnerabilidade e a autodeterminação de seus cidadãos.

O princípio da dignidade humana possui uma relação estreita com os direitos fundamentais, já que consiste no fundamento de um número expressivo deles, o que em certa medida acaba por ocasionar o seu uso desmedido pelo Poder Judiciário resultando na sua banalização nas decisões judiciais, tendo em vista a ausência de fundamentação satisfatória e de seu emprego muitas vezes considerado de aproximação forçada. Contudo, não estar-se-á diante de um fenômeno que se restringe ao âmbito brasileiro, mas sim que se difunde em diversos outros países, no qual o uso da garantia da dignidade da pessoa humana atua como recurso geral e universal para solucionar os conflitos entre diferentes direitos essenciais e relevantes diante do caso concreto, todavia tais problemas jurídicos poderiam abarcar outras soluções jurídicas mais específicas sem que se fosse necessário recorrer de forma

⁶⁴ MACHADO, Isis Layne de Oliveira. **Princípio da dignidade humana à luz da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e da Constituição brasileira**: estudo de caso: acesso a medicamentos não autorizados no País. 2017. 91 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 71.

quase que automática para a dignidade da pessoa humana. Alerta-se que o uso desenfreado da garantia da dignidade pode atrair um alto nível de risco a sua integridade, pois quanto mais se recorre a um argumento sem que se faça imprescindível e necessário, maior é a chance de sua banalização e corrosão de seu valor⁶⁵.

Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana atuam no centro do sistema jurídico constitucional estabelecendo uma relação, muitas das vezes, indissociável, entretanto nem todos os direitos fundamentais possuem como fundamento a dignidade da pessoa humana, mesmo diante da máxima que o reconhecimento e promoção daqueles resulte na afirmação e proteção da dignidade da pessoa humana. Portanto, o que em real perspectiva revela é que se reconhece a existência de uma relação primária e direta entre dignidade e direitos humanos, tendo em vista que neles necessariamente se fundamentam dentro da dignidade do indivíduo. No entanto, o mesmo não se sucede frente aos direitos fundamentais, já que são considerados direitos que independentemente de abarcarem uma relação direta ou indireta com a dignidade da pessoa humana possuem regramento e força constitucional.

2.3 OS FUNDAMENTOS DA AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade constituem-se em direitos que possuem essencialmente o mesmo conteúdo, que apenas apresentam sua consagração em planos distintos, isto é, os direitos humanos estão no âmbito do Direito Internacional, os direitos fundamentais são direitos dispostos dentro da ordem constitucional de determinado Estado e os direitos da personalidade são direitos protegidos pela legislação infraconstitucional que guarnecem e aparelham os ditames constitucionais. Contudo, a divisão quanto ao seu plano de proteção constitui-se em uma abordagem meramente formalista, já com relação ao seu conteúdo diferem-se, ou seja, os direitos humanos relacionam-se com os primados da liberdade e da igualdade diante de um conceito universalizante, já os direitos fundamentais constituem-se nos valores eleitos por uma dada sociedade e que merecem serem protegidos constitucionalmente e os direitos da personalidade

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115 -143, p. 141.

são direitos que protegem a manifestação interna do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana: intimidade, integridade física e psíquica, honra, liberdade, dentre outros.

Os direitos fundamentais preconizados dentro do Estado de direito dirigiam-se inicialmente a uma demarcação de um espaço de proteção contra os abusos das autoridades que detinham o poder, fundamentou-se como contraponto ao Estado Absolutista, aspiração tão aguardada pela sociedade oitocentista.

Com o advento do século XVIII, desenvolveu-se o direito constitucional moderno marcado com a definição dos elementos que caracterizam a Constituição moderna. As constituições qualificam-se como modernas ao desempenharem duas funções: estruturar o Estado e determinar e garantir os direitos fundamentais. Portanto, deve-se atentar que o bloco de positivação em série dos direitos fundamentais trata-se de um fenômeno particular da modernidade, que nasceram juntamente com o próprio direito constitucional moderno, propriamente registre-se que anteriormente a esse marco o que havia eram movimentos efêmeros, declarações e/ou normas jurídicas à parte, que não tiveram nem constância, e não se protraíram no tempo⁶⁶.

A simples definição dos direitos fundamentais em documentos em apartados não se mostravam eficazes para garantir sua efetivação, conseqüentemente com o início do movimento constitucional do século XVIII, os direitos fundamentais deixaram de ser positivados em declarações separadas e passaram a ser inseridos diretamente na maioria das Constituições, uma vez que passaram a gozar da proteção e garantia de efetividade que os textos constitucionais vinham consolidando⁶⁷.

A doutrina classifica os direitos fundamentais, baseando-se nas mudanças históricas do país e da sociedade, como sendo de primeira dimensão, segunda dimensão e terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão compreendem a liberdade na forma mais bucólica, impondo limites ao Estado visando minimizar o seu poder para com a sociedade, afastando os seus privilégios e abolindo a sua intervenção de maneira desmedida.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão envolvem os direitos sociais, econômicos e culturais, tratando também da liberdade, mas neste caso, não no

⁶⁶ PAGLIARINI, 2021, p. 162.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 66.

sentido estrito da palavra como nos direitos de primeira dimensão, mas sim uma liberdade positiva, em que se admitiu a participação direta do Estado para elevação do indivíduo, dispondo os seus recursos para promover a vida digna do ser humano na amplificação de sua liberdade.

Referindo-se ainda aos direitos de segunda dimensão, poder-se-á considerar que tratam dos principais direitos de primeira dimensão – à vida, à dignidade, à igualdade, à propriedade – aliados à democracia social, conferindo uma maior distribuição de recursos públicos para efetivarem a igualdade material entre os indivíduos e a dignidade humana.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são nominados de direitos de solidariedade ou fraternidade, classificados como direitos coletivos ou difusos, englobando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, vida saudável, progresso, à paz, a proteção ao consumidor, o patrimônio comum da humanidade, dentre outros direitos.

Os direitos fundamentais foram evoluindo e se aperfeiçoando conforme as necessidades humanas, até mesmo porque as sociedades são mutáveis e o direito necessita se adequar conforme se modificam.

Francisco Amaral define a natureza jurídica dos direitos da personalidade como pertencente à categoria dos direitos subjetivos ou melhor, situações jurídicas existenciais que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, tanto de natureza física e moral como intelectual. E como resultado do enquadramento dos direitos da personalidade em direitos ou situações jurídicas subjetivas proporcionam ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais que repercutem e integram a sua personalidade⁶⁸.

O autor continua especificando a abrangência dos direitos da personalidade estipulando que compreendem no seu aspecto físico, o direito à vida e ao corpo, no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor, e no seu aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e, ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos⁶⁹.

A terminologia dos direitos fundamentais usualmente é destinada para figurar

⁶⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 352.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 353.

na designação dos direitos que possuem sua previsão fixada dentro do texto constitucional de um determinado Estado, cuja direito previsto expressa sua garantia de proteção atua diante de todos os indivíduos frente às violações perpetuadas pelo Estado, ou seja, são direitos que exercem sua função de proteção para conter abusos cometidos pelas autoridades detentores de poder público. A Constituição da República de 1988 elencou os direitos fundamentais dentro do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, portanto os direitos fundamentais devem ser compreendidos como os direitos do homem positivados na Constituição, sendo direitos que se relacionam com as posições básicas e elementares dos indivíduos. Ressalta-se que não existe uma padronização dos direitos fundamentais de forma uníssona, diferentemente do que ocorre quando estar-se-á tratar dos direitos humanos que se manifestam e são aceitos por todos os Estados diante do seu caráter universalizante, isto é, diversos direitos consagrados como fundamentais por determinados Estados podem não serem reconhecidos por outros nos seus textos constitucionais. Conclui-se, assim, que um Estado pode não reconhecer um direito do homem como fundamental que esteja consagrado como universal em seu texto constitucional, como também pode incluir em seu rol constitucional de direitos fundamentais determinado direito que não consta naqueles que são tradicionalmente firmados como direitos humanos⁷⁰.

Impõe destacar, ainda, a distinção entre os direitos humanos e os direitos da personalidade que se qualificam como os atributos da pessoa humana que requerem uma especial proteção no âmbito das relações privadas, isto é, nas relações entre particulares sob o regime de direito privado, que podem estar inclusive previstas dentro do texto constitucional ou mesmo com previsão no plano internacional. Já os direitos humanos somente admitem serem requisitados para garantir a tutela protetiva frente a violações geradas pelo Estado⁷¹.

Cumpra, ainda, estabelecer as distinções que apresentam os institutos jurídicos da personalidade jurídica e da capacidade jurídica. Historicamente os institutos foram concebidos como um instituto único, quando a expressão pessoa no sentido jurídico, no século XVI, estava ainda vinculado ao termo capacidade jurídica. Somente com os estudos dos juristas alemães, no século XX ocorreu uma significativa diferenciação

⁷⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A eficácia horizontal e a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos. **Civilistica.com**, v. 10, n. 2, p. 1-28, 2021, p. 12.

⁷¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

quando se questionou a situação das corporações que admitiriam ou não ter personalidade jurídica. A distinção tomou importância e aperfeiçoamento com o desenvolvimento da capacidade jurídica como a possibilidade jurídica de titularizar direitos, especialmente com relação a possibilidade de manifestação de vontade ou poder juridicamente relevante, tendo em vista que se verificando a existência de vontade é porque existe origem ou uma fonte, que juridicamente é a personalidade jurídica. Portanto, a personalidade jurídica constitui-se em um receptáculo da capacidade que é uma condição necessária para que se possa portar direitos e obrigações, como os direitos da personalidade⁷².

A expressão direitos da personalidade passa a ser consagrada somente a partir do século XIX com os estudos sobre liberdade do indivíduo. A expressão é atribuída ao jurista Otto Friedrich Von Gierke que a utilizou para referenciar o domínio da pessoa sobre a própria esfera de personalidade, como também teve papel fundamental no desenvolvimento, a partir do pensamento kantiano, das premissas do direito geral da personalidade⁷³.

A inserção dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu somente após uma série de movimentos que alteraram a compreensão da pessoa em seu sentido jurídico. O código civil francês de 1804 sob os influxos do iluminismo forneceu grandes rupturas com o direito do Antigo Regime, em que ficou estabelecida o monopólio da produção do direito privado pelo Estado, na figura do legislador, resultando, assim, em um direito codificado que o Estado Liberal exigia que fosse completo, uno, neutro e pautado na concepção do homem considerado abstratamente como sujeito de direitos. Com a codificação francesa ocorreu a positivação de alguns direitos da personalidade em lei, sob um viés jusracionalista de dimensão publicística, que era centrado na figura da pessoa proprietária, demonstrando uma elaboração de forma, ainda, de forma incipiente. Os direitos da personalidade experimentaram novas rupturas somente no século XIX com o desenvolvimento da Escola do Positivismo⁷⁴.

Maria Helena Diniz apresenta de forma objetiva o histórico do desenvolvimento da tutela jurídica dos direitos da personalidade, esclarecendo que o reconhecimento deles como de natureza de direito subjetivo é relativamente recente, contudo, desde a

⁷² ZANINI; QUEIROZ, 2021, p. 12.

⁷³ STARCK, Christian. **Ensaio constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 54-55.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 54-55.

antiguidade já estava constituída a sua esfera protetiva, isto é, punindo ofensas de ordem física ou morais dirigidas à pessoa humana. No entanto, o avanço da tutela jurídica se apresentou de forma mais contundente com a consolidação do Cristianismo, em que houve a disseminação dos fundamentos e ideais da fraternidade universal. Já na idade média foi somente com a Declaração de Direitos de 1789 que houve uma acentuada evolução em matéria de defesa dos direitos individuais, consequência diretamente relacionada à projeção experimentada no período com a valorização da pessoa humana e dos ideais de liberdade do cidadão. No plano internacional, a proteção jurídica dos direitos da personalidade emerge para os palcos mundiais por meio da Assembleia Geral da ONU de 1948, da Convenção Europeia de 1950 e do Pacto Internacional das Nações Unidas, como um movimento humanitário necessário para que os horrores cometidos pelos governos autoritários durante a Segunda Guerra Mundial não venham a se repetir ou se perpetuar como dentro de uma falaciosa ideia de normalidade ante ao período conflituoso⁷⁵.

Rabindran elucida pontuando que apesar das fundadas raízes históricas do direito geral de personalidade, somente a partir da convergência de diversos fatores, dos quais destaca-se o avanço de maior subjetividade no espectro jurídico conferiu de forma contundente a determinação para a consolidação da proteção da personalidade como constituição de um direito inato, de direitos fundamentais e de direitos subjetivos, juntamente com a crescente equiparação dos estatutos jurídicos pessoais e a necessidade de complementação dos direitos especiais da personalidade⁷⁶.

Eduardo Bittar esclarece que é nas relações que os seres humanos se constroem como seres-de-linguagem, como seres-de-cultura, como seres-de-cidadania, como seres-de-moralidade. Sendo dessa forma, que a humanidade nos apresenta em nossa originalidade como seres únicos e protagonistas biográficos, e em nossa complementaridade, codependentes uns dos outros⁷⁷.

Portanto, deve-se atentar que a nossa individualidade como elemento característico da espécie humana reclama para o seu contínuo aperfeiçoamento e o tão almejado pleno desenvolvimento de uma estrutura, de uma rede de complementaridade. Ou seja, necessita-se tanto do eu individual como da forma

⁷⁵ DINIZ, 2008, p. 130-131.

⁷⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 73.

⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 52.

crescente da figura do outro. Isto é, a humanidade não se traduz como apenas um reflexo no espelho, mas como a imagem de muitas outras experiências encampadas pelo eu social, o eu compartilhado e somado.

Continua Bittar, não estar-se-á diante de sujeitos-indivíduos e, depois transborda-se em relações de interação social, mas sim que o ser humano é essencialmente feito de subjetividade, pois são atravessados pela linguagem, de onde a ação social passa a ser nomeada como ação comunicativa, em que se cria grupos socialmente reduzidos geradores de identidades, como família, comunidade, cidade e país⁷⁸. Maria Helena Diniz, explica que o desenvolvimento dos direitos de personalidade experimentou um relevante avanço na seara pública, no entanto o desenvolvimento no âmbito privado vem se mostrando lento e insuficiente, embora presente nos textos constitucionais⁷⁹.

O reconhecimento dos direitos da personalidade pela legislação alemã não foi capaz de fornecer uma tutela aos interesses personalíssimos de forma eficaz e completa. Dever-se-á ter em perspectiva que o desenvolvimento e progresso florescente que a sociedade moderna experimenta gera consigo diuturnamente novas ameaças aos direitos da personalidade, inclusive diante de situações fáticas anteriormente reguladas e protegidas restam prejudicadas ou diminuídas, o grau protetivo que outrora manifestavam de forma satisfatória e eficaz garantia ao livre desenvolvimento da personalidade do ser humano, isto é, mesmo nos casos onde havia a regulação específica da lei, como é o caso do direito à imagem, a proteção jurídica diante por exemplo do desenvolvimento escalonado e impetuoso da mídia de massa se mostra cada vez mais insuficiente e obsoleto aos reclames exigidos pelo próprio desenvolvimento progressivo de uma proteção que se perfaça a oferecer e a enaltecer cada vez mais os primados do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, que em última análise, buscam ofertar satisfatoriamente os meios e os recursos protetivos diante das violações que venham a obstruir a plena promoção e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana⁸⁰.

No sistema legal alemão, os direitos de personalidade do indivíduo nas relações com partes privadas recebem uma proteção completa. Isso ocorre porque, após um

⁷⁸ BITTAR, 2003, p. 124.

⁷⁹ DINIZ, 2008, p. 37.

⁸⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A relação entre o direito geral e os direitos especiais da personalidade no direito alemão. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 14, n. 33, p. 135-158, 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/322640439.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2023.

caso histórico em 1954, os tribunais alemães interpretaram as disposições da lei de responsabilidade civil à luz dos artigos 1 e 2 da Constituição alemã de 1949, que protegem a inviolabilidade da dignidade humana e o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, respectivamente. Após este caso, os tribunais alemães reconheceram consistentemente a existência de um direito geral de personalidade no direito privado alemão, cuja violação dá origem à responsabilidade civil. No Código Civil italiano, assim como no Código Civil alemão, não há disposição que abranja uma proteção geral da personalidade do indivíduo. No entanto, os tribunais italianos, da mesma forma que os tribunais alemães, basearam-se em suas disposições constitucionais para desenvolver um direito geral de personalidade, cuja invasão é considerada causadora de responsabilidade sob as disposições gerais da lei de responsabilidade civil do Código Civil italiano. O sistema jurídico francês lançou uma luz diferente sobre a proteção dos direitos da personalidade. Isso porque, em 1970, a proteção geral dos direitos da personalidade foi formalmente reconhecida por meio da inclusão do artigo 9º no Código Civil francês que dispõe especificamente sobre a proteção da vida privada do indivíduo. Por outro lado, na Inglaterra, até hoje não foi reconhecido um direito geral de personalidade. No entanto, a Lei dos Direitos Humanos de 1998 abriu o caminho para uma proteção mais completa dos direitos da personalidade por meio de uma interpretação mais ampla dada pelos tribunais do delito existente de quebra de confiança⁸¹.

Buscar compreender a definição do que é direito da personalidade relacionando-o com o movimento da sua própria expansão, em que não se trata de uma tentativa de uso de métodos duvidosos para forçar determinadas estruturas como direitos da personalidade. Trata-se de questionamentos complexos e profundos que devem ser debatidos e trabalhados com a cautela exigida que esta categoria jurídica requer para temas tão custosos para sociedade. Pois, a definição incorreta acarreta prejuízo tanto no plano jurídico como na aplicação das suas estruturas e no alcance dos direitos da personalidade.

A parte final do presente tópico apresentada a seguir construiu-se a partir dos conhecimentos ofertados pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Almeida em uma palestra ministrado para o Programa de Pós Graduação Stricto Senso em Ciências Jurídicas da Unicesumar para a turma do mestrado Pic-Minter Cuibá – ano 2022. O

⁸¹ STARCK, 2021, p. 153.

professor Fernando realizou uma incursão detalhada no fenômeno cada vez mais recorrente da ampliação dos direitos da personalidade.

A ideia da expansão dos direitos da personalidade está ligada essencialmente à própria forma de agir da personalidade, levando em consideração que as evoluções jurídico-científicas, antropológicas, sociológicas caminham junto com o sujeito e o sujeito de direito é ponto de vista central do Estado Democrático de Direito.

Quando se está a falar em expansão dos direitos da personalidade faz-se necessário especificar que não significa criação de novos direitos, mas sim que esse movimento de expansão passa pela identificação de uma resolução metodológica sobre o que é sujeito.

A expansão dos direitos da personalidade significa, assim como a própria estrutura das ciências naturais, a identificação no plano fenomenológico em que o sujeito é observado como fenômeno e a sua identificação o expande. Por isso, não se trata de pegar um determinado direito e tentar transformá-lo em direito da personalidade, pois se esse direito está para o sujeito e a personalidade como elemento do sujeito, ele não estará sendo criado, mas sim revelado dentro da observação fenomenológica do sujeito.

A criação de novos direitos da personalidade passa por questões fundamentais, como quem decide quais são os elementos que aceitam ser criados. Pois, é óbvio que os direitos vão ser expandidos, mas não devem ser expandidos pela decisão de alguém sobre os corpos. Ninguém pode decidir essa criação expansiva de direitos da personalidade, é a própria situação sociológica, antropológica, científica, e não a observação jurídica que permite a expansão.

Para que ocorra a expansão primeiramente busca-se identificar o que é direitos da personalidade, sendo assim, um dos maiores problemas do direito da personalidade repercute na definição da sua natureza jurídica.

Ressalte-se, O professor Fernando Almeida expõe uma análise sobre o autor Gustavo Tepedino que no seu livro *Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil Constitucional Brasileiro*⁸² estabelece um conceito de direito da personalidade que apresenta um problema metodológico, tendo em vista que trabalha com duas linhas filosóficas que sempre estiveram em conflito. Trabalha o direito da personalidade como sujeito de direito numa concepção juspositivista e ao mesmo tempo como

⁸² TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. **Temas de Direito Civil**, v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

inerentes ao sujeito numa concepção jus naturalista. Desta forma, demonstra-se a dificuldade na definição dos direitos da personalidade, assim sendo, a doutrina e a jurisprudência incorrem em equívocos na ampliação dessa categoria com falhas metodológicas e de fundamentação.

A fundamentação mais comum dos direitos da personalidade é pensar no direito como inerente à personalidade e que vai se expandir em elementos extremamente não jurídicos, como por exemplo elementos psicológicos, contudo não é as teorias da personalidade psicológica que vão fundamentar. Pois, enquanto definimos os direitos fundamentais, ou seja, direitos universais garantidos a todos, a gente vai falar de direitos da personalidade que fundamentam o próprio conceito de humanidade. Direitos de personalidade são direitos de produção, não são direitos de garantias como os direitos fundamentais, eles se distinguem pois são os direitos que conservam antes dos próprios direitos fundamentais a sua própria categoria jurídica.

A problemática consiste em categorizar se não sabemos se a personalidade é inerente ao corpo ou se não se comunica com o sujeito, não se trata do corpo, mas das normas que atribui aos corpos. Em outras palavras, a personalidade é inerente ao sujeito ou é uma criação, uma invenção. E a resposta a esses questionamentos fornece caminhos para posições muito diferentes, em que a expansão a partir da inerência estará fadada a um campo muito restrito, enquanto a expansão a partir de uma aplicação pura consistirá em um pressuposto jurídico com alcance superior.

A personalidade implica em vontade, sob o ponto de vista fenomenológico, elemento do ser. O direito da personalidade não deriva do contrato social, pois antecede ele. Portanto, a expansão da personalidade necessita de uma relação mais direta do direito com a sociologia. É o observador que define a personalidade, a partir da premissa do conceito que viabiliza o conceito de pessoa, em que se cria uma dependência do direito à pessoa.

Atualmente, visualiza-se que a expansão dos direitos da personalidade decorre do erro provocado pelo direito que limita a pessoa. A identificação do que é direito da personalidade e da sua amplitude passa por um ato de vontade, por uma reação da sociedade às violações dos seus direitos que, em última análise, limita o exercício pleno da sua personalidade.

A ciência jurídica experimentou um vasto movimento mundial durante o último quartel do século XX, dentro de uma perspectiva em que o Direito deve fornecer uma

integral e irrestrita proteção da pessoa humana em prol da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A proteção da personalidade para atingir a sua eficácia deve afastar primados que busquem o fracionamento em categorias fechadas, como se fossem hipóteses autônomas não comunicáveis entre si. Exige-se dentro do marco da modernidade que a tutela dos direitos da personalidade seja concebida de forma unitária, tendo em vista que o seu fundamento se faz frente a unidade do valor da dignidade da pessoa, pois a personalidade humana não está restrita em categorias fixas e imutáveis em uma situação jurídica subjetiva, mas sim entrelaçando-se dentro de uma complexidade de situações subjetivas que se manifestam de diferentes formas.

Observe, a tutela dos direitos da personalidade enfrenta a complexidade dinâmica que as relações sociais vêm apresentando, especialmente com a velocidade imprimida pela globalização, em que as demandas referentes à personalidade do sujeito na garantia da dignidade da pessoa humana se transmudam diuturnamente.

O avanço das relações sociais, precipuamente na transição da sociedade moderna para a pós-moderna, a atividade de normatização do Direito não acompanha o desenvolvimento da sociedade, as relações sociais estão cada vez mais fugaz, tornando o Direito refém da atuação constante da atividade legiferante, o que, conseqüentemente, resulta em uma proliferação acentuada de normas jurídicas.

O Poder Legislativo não possui a capacidade de absorver e nem mesmo de prever quais serão as novas ameaças aos direitos da personalidade. Portanto, a identificação dos direitos da personalidade dentro de uma classificação taxativa pelos ordenamentos jurídicos resulta em uma proteção insuficiente da dignidade da pessoa humana. Diante desse espaço que emerge a necessidade de se discutir as vantagens oriundas no reconhecimento do direito da personalidade como também um direito aberto, isto é, um direito geral da personalidade.

A partir das premissas traçadas neste tópico conclui-se que quando relaciona-se o tema da pesquisa acesso aos medicamentos de alto custo e a ampliação dos direitos da personalidade deve-se buscar compreender que não se faz necessário criar em uma decisão judicial princípios que somente reforçam critérios arbitrários como também fragilizam a segurança jurídica posta pelo ordenamento jurídico.

O direito ao acesso aos medicamentos se fundamentam dentro da esfera individual do ser humano, ou seja, no seu próprio direito de ter a sua individualidade desenvolvida de forma saudável. Portanto, discursos que venham no sentido de uma

construção ao alvedrio do sistema jurídico se demonstram como resultado do fenômeno da panprincipiologia, em que o operador jurídico se afasta dos preceitos normativos consolidados e busca por meio de uma interpretação imbuída de pessoalidade e circundada por exarcebado voluntarismo, resultando na corrosão do próprio princípio que rotineiramente é alargado para abranger soluções pseudo-jurídicas.

O fechamento desse capítulo se faz fixando que o acesso aos medicamentos, seja de alto custo, seja de assistência médica básica compreende-se contido no próprio direito da personalidade do ser humano, tendo em vista que a ampliação do espectro de atuação da tutela da personalidade abarca o livre desenvolvimento saudável da personalidade do ser humano. Importa ressaltar, que não se trata de uma criação apartada dos reclames sociais e de uma estruturação histórica, pois constitui-se como essencial que o ser humano desfrute de todos os meios que lhe garneçam a sua personalidade de forma completa.

Ressalta-se que a manutenção da vida humana sempre foi preocupação da sociedade, ainda mais na atualidade frente o desenvolvimento incessante de novas tecnologias farmacêuticas. E dentro do Estado Constitucional em que o ser humano transcende sua posição de simples meio com viés estático para ser vetor dinâmico de preocupação de todo o ordenamento jurídico. Cumpre observar, que a política de saúde pública brasileira abarca desde medicamentos de saúde básica até procedimentos de alta complexidade. O que se debate nessa dissertação consiste em buscar compreender até que ponto a dignidade do ser humano pode ficar restrita as listas dos medicamentos eleitas pelas políticas públicas de saúde, mesmo se reconhecendo que se trata de um gerenciamento das prioridades que serão atendidas pelo sistema de saúde.

Nos capítulos seguintes aborda-se a problemática dos medicamentos de alto custo sob duas premissas: **a)** quanto ao pedido de tutela jurídica para que seja disponibilizado o fármaco frente ao Estado e como vêm sendo aplicado o princípio da reserva do possível, com base no direito fundamental à saúde; **b)** quanto a relação da proteção do sistema de patentes que guarnecem a indústria farmacêutica e a sua relação com o direito geral da personalidade, em que se questiona a função social da patente e o abuso do poder econômico.

3 O ACESSO AOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO COMO DIREITO SOCIAL E SUA PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

3.1 CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DENTRO DA CONSAGRAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O direito fundamental à saúde constitui-se em um reflexo direto da efetividade da garantia fundamental ao direito à vida e, compreende-se que, enquanto princípio dotado de normatividade, consiste em um mandado de otimização na concepção elaborada na doutrina sobre a distinção entre regras e princípios de Alexy, explanada na primeira parte da dissertação. A relação do mandado de otimização com a aplicabilidade de um princípio define que cabe ao Estado realizar o máximo que for possível na concretização do princípio de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que circundam sua implementação.

A implementação do direito fundamental à saúde quando se está diante do fornecimento de medicamentos não previstos em uma regra jurídica, exige do operador do direito um procedimento argumentativo, em que os princípios constitucionais serão aplicados de acordo com o método de ponderação diante das circunstâncias específicas do caso concreto. Isto é, o direito à vida, a uma vida que busca todos os métodos disponíveis que lhe garantam ou permitam desenvolvê-la da forma mais digna possível, pode sofrer limitações frente a outros princípios e, em que medida poderá ter sua aplicabilidade limitada dentro do Estado Constitucional.

O debate gira em torno do questionamento sobre o condicionamento da realização dos direitos sociais, culturais e econômicos. Ou seja, condicionar a vivência digna das pessoas à existência de recursos financeiros disponíveis é o mesmo que reduzir a eficácia desses direitos e depreciar a essência dos indivíduos. Especificamente, com relação aos medicamentos de alto custo, assunto a ser tratado em última análise do direito fundamental à vida - uma vida merecedora de acesso aos fármacos que lhe guarneçam o seu direito da personalidade a uma vida digna.

O caráter das normas que consagram os direitos sociais é o núcleo divisor das correntes doutrinárias. A Teoria da Reserva do Possível defende as normas instituidoras dos direitos sociais serem de caráter programático, no entanto, o texto constitucional de 1988 situa essas normas no título das garantias e direitos fundamentais, entendendo possuírem um caráter imperativo em razão da sua

importância para ordem social.

Com efeito, até que ponto pode-se aceitar a aplicação da teoria da reserva do possível como justificativa do poder público para a não efetivação dos direitos sociais, sem que prejudique a eficácia das normas constitucionais, e consequentemente reduza a qualidade da vida humana lesando a sua existência? O que se busca no desenvolvimento desta pesquisa é compreender como aliar o acesso aos medicamentos de alto custo que consequentemente podem gerar impacto nas demais políticas públicas de saúde com a dignidade da pessoa humana em ter preservado os seus direitos da personalidade à uma vida digna.

Ainda nesse sentido, qual seriam os melhores critérios a serem adotados pelo poder público para equacionar a reserva do possível e as necessidades sociais? Como equacionar a reserva do possível com o acesso aos medicamentos de alto custo para garantir o exercício do direito a uma vida digna.

Inicialmente, o presente capítulo busca estabelecer um panorama sobre como foi forjado os Direitos Sociais dentro da sociedade moderna para que, em um segundo tópico deste capítulo, trabalhe-se com uma visão ampla da inserção dos princípios contemporâneos da Reserva do Possível, do Mínimo Existencial e da Proibição do Retrocesso Social que informam o aperfeiçoamento dos Direitos Sociais e, que lhes fornecem muitas das vezes uma maior aplicabilidade social pelo Estado.

Preliminarmente, neste primeiro tópico desenvolve-se uma reconstrução histórica dos Direitos Sociais que possuem como marca o seu reconhecimento nas legislações a partir do 2º período pós-guerra mundial, e no decorrer do século XX foram introduzidos gradativamente nos textos constitucionais, movimento semelhante ao experimentado pelos Direitos Liberais clássicos na busca de um local adequado que refletisse sua importância e desfrutasse de sua proteção.

Com a inserção dos Direitos Sociais nos textos constitucionais, inicialmente com as Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), ocorreu uma mudança de paradigma, alterando o papel do Estado e da própria constituição.

Da perspectiva estatal, superou-se os mandamentos centrais do liberalismo, em que a figura do Estado deveria se abster das questões referentes às áreas socioeconômicas, mas do ponto de vista constitucional, engendrou uma nova forma de se conceber as funções dos textos constitucionais, isto é, transpôs a visão de que só poderia estar no papel de limitador de poder e da estruturação do Estado.

Portanto, desencadeou uma expressiva onda de expansão das competências

estatais e dos objetivos constitucionais, que reverberam no dever público de superação da pobreza, redução das desigualdades sociais, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ressalta-se, assim, a importância atrelada à conquista do espaço constitucional dos direitos sociais, em que o papel do Estado passa do culto à igualdade formal para desaguar na busca pela igualdade material⁸³.

As constituições sociais do início do século XX influenciaram e modificaram o alcance da teoria do direito constitucional, em que o Estado alterou sua concepção formada dentro do liberalismo que primava pelo não intervencionismo para uma atuação ativa e provedora de direitos. A influência exercida modificou as estruturas de como Estado até então era concebido, isto é, inaugurou-se o processo de transição do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social. Deve-se ter em consideração que o trânsito das ideias compreendidas na Constituição Mexicana e na Constituição Alemã tornou-se possível em virtude do alcance do movimento constitucionalista que procurava sedimentar o Estado Constitucional, em que possibilitou os demais Estados satisfazerem o aprimoramento de suas histórias constitucionais com o predicado e o reconhecimento do valor social.

Vidal Serrano Nunes Júnior assevera que o primeiro documento que repercutiu com maior relevância em matéria de direitos sociais foi a Constituição Francesa de 1848, que embora não tenha transformado o Estado francês em um Estado Social, elencou um rol de direitos sociais, especialmente em seu artigo 13⁸⁴.

No século XX ocorreu uma franca ascensão do modelo de Estado do Bem-Estar Social com a promulgação da Constituição Mexicana de 1917, que teve o admirável papel de romper com o padrão até então imprimido pela tradição clássica constitucional trazendo para dentro do seu texto constitucional a proteção dos direitos trabalhistas de forma pormenorizada.

Com a Constituição de Weimar de 1919, houve a consagração dos avanços alcançados no campo social com a definição de um amplo rol de direitos sociais consolidando o Estado do Bem-Estar Social que, posteriormente, influenciou diversas constituições mundo afora. Com relação ao plano internacional, foi proclamada pela Resolução 217 A (III) Da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos - responsável por estabelecer um extenso catálogo de direitos sociais, transformando-se em um importante marco

⁸³ CHUEIRI, 2022, p. 315.

⁸⁴ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 4.

histórico e mundial por congregar a noção de direitos sociais com a de direitos intrínsecos à natureza humana, reverberando-se como de observância indispensável por diversos Estados do mundo. E, consecutivamente, como espécie de desdobramento e complementação dos princípios adotados pela Declaração de 1948 fora pactuado, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais⁸⁵.

Estefânia Barboza expõe que a concepção dos direitos sociais culminou da elevação desenfreada da sociedade industrial e da contrapartida agitação e pressão dos movimentos sociais que forçaram o Estado a assumir certos deveres de prestações positivas para garantir, promover e assegurar a busca pela igualdade material entre os cidadãos, em especial oferecendo um mínimo de dignidade às classes trabalhadoras⁸⁶.

A emergência social da conjuntura posta em marcha pela revolução industrial - resultado da degradação humana - repercutiu diretamente no papel que o Estado deve exercer dentro da sociedade. Os direitos conquistados nas revoluções burguesas que se expressavam em sua preponderância de modo formal e se restringiam à concepção dos preceitos da liberdade já não se mostravam suficientemente adequados para garantir o pleno desenvolvimento do ser humano.

A nova sociedade industrial incipiente que, em um breve transcurso temporal, experimentou de forma descontrolada a urbanização social, deparou-se com alijamento da sua condição humana em prol da industrialização desmedida, em que o clamor social exigiu uma atuação ativa do Estado na busca pelos valores da igualdade, que em última análise, deságua no reconhecimento da contrapartida social que o Estado deve prover por meio da enunciação, promoção e efetivação dos direitos sociais.

A Constituição Mexicana de 1917, em linhas gerais, configura o reconhecimento e a positivação das reivindicações e dos princípios inspiradores da Revolução Mexicana, em sede constitucional. É proclamado pela maioria dos doutrinadores como o documento precursor do constitucionalismo social, que influenciou grande parte das Constituições do pós-segunda guerra mundial.

Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, preliminarmente cumpre esclarecer que apesar da elaboração de um novo texto constitucional não ter sido um dos objetivos

⁸⁵ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 7.

⁸⁶ BARBOZA, 2005, p. 118.

das reivindicações da Revolução Mexicana, não é menos exato afirmar que a constituição deu expressão máxima às aspirações requeridas. A autora analisa o contexto histórico turbulento que permeou o advento da Constituição Mexicana. A Revolução Mexicana iniciou-se em 1910 e mobilizou em seu processo milhões de camponeses e indígenas despojados de suas terras e que se insurgiam contra o governo ditatorial do Presidente Porfírio Díaz, que perdurou de 1876 a 1911. Porfírio Díaz era apoiado em seu governo pelo exército, pela Igreja Católica, por grandes empresas (inclusive de origem estrangeira) e importantes proprietários de terras (beneficiados com a política de despojamento). As principais reivindicações consistiam na proibição de reeleição do Presidente da República, na devolução das terras usurpadas, na nacionalização das grandes empresas e bancos, na consolidação de direitos trabalhistas à classe média emergente e na separação entre Igreja e Estado⁸⁷.

Com radicalização do autoritarismo de Porfírio Díaz inicia-se o processo revolucionário que canalizou as insatisfações nacionais nas eleições presidenciais de 1910, quando o latifundiário liberal Francisco Madero, líder do movimento que se opunha à reeleição do ditador, é preso e Díaz, candidato único, é reeleito. Francisco Madero foge da prisão, se exila nos Estados Unidos e chama o movimento para uma rebelião armada, prometendo que, com a destituição de Díaz, seria elaborada uma reforma eleitoral e seriam distribuídas terras aos camponeses. Continua a autora: A revolução ganha entusiasmo e rapidamente se alastra pelo país, levando Díaz a renunciar e fugir em 1911 e Madero é eleito como novo Presidente. Ao contrário do que se esperava, Madero não promove as reformas prometidas, gerando insatisfação entre os líderes camponeses que o apoiaram, entre eles, notadamente, Emiliano Zapata, que se recusa a desarmar seus homens e exige a instauração da reforma agrária prometida. Zapata, com o apoio de Pancho Villa, promove uma rebelião contra Madero e, em 1911, lança o célebre Plano Ayala que dispunha sobre a distribuição de terras dos latifúndios para os camponeses⁸⁸.

Em fevereiro de 1913, enquanto a luta armada prosseguia, o general Huerta assassina Madero e se torna o novo Presidente, o que levou a uma passageira

⁸⁷ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 169, p. 108-109, 2006.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 108-109.

oposição de Zapata e Villa, chefiada pelo liberal Venustiano Carranza que reivindica o plano de Reconstrução Constitucional. Em 1914, Huerta renuncia, passando o poder para Carranza que, depois de três anos de rebelião, dá início ao processo de construção das novas instituições mexicanas. As regiões controladas por Zapata, começam a ser colocadas em prática o Plano Ayala, que prevê a devolução da terra às comunidades indígenas, expropriação de um terço das terras dos latifundiários para distribuição aos camponeses sem terra. Conclui Bucchianeri: Carranza, insatisfeito com as concretizações promovidas por Zapata, começa o processo de institucionalizar e regulamentar as reivindicações revolucionárias e, em 1917 promulga a nova Constituição Mexicana. Dois anos mais tarde, a nova constituição era ignorada pelo governo, Zapata era assassinado a mando de Carranza (1919), inicia-se uma guerra civil até que em 1920 Carranza é deposto e assassinado, assumindo a Presidência o general Álvaro Obregón que consolida finalmente a revolução. Em 1929 é fundado o Partido Revolucionário Nacional, rebatizado em 1938 como Partido Revolucionário do México e, em 1946 como Partido Revolucionário Institucional, que se torna por décadas o virtual partido único do país⁸⁹.

Com efeito, o histórico e os motivos que levaram a Constituição Mexicana de 1917 à inserção dos direitos sociais no seu texto constitucional, conclui-se que provêm de uma matriz revolucionária, como resposta às reivindicações pleiteadas pela revolução. Distancia-se das razões que resultaram na inserção dos direitos sociais na Constituição de Weimar, no entanto, as duas experiências constitucionais compartilhavam as mesmas demandas sociais e também (as duas constituições) não obtiveram força na implementação e na efetividade social.

Roberto Gargarella analisa no seu artigo “Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution” a influência gerada pela Constituição mexicana de 1917 na mudança da história do constitucionalismo Latino-Americano. Os países Latino-Americanos passaram a adotar o modelo social da Constituição do México, incluindo longas listas de direitos sociais em suas constituições. O Brasil modificou sua constituição em 1937; a Bolívia em 1938; Cuba em 1940; Uruguai em 1942; Equador e Guatemala em 1945; e Argentina e Costa Rica em 1949. Trata-se da forma pela qual as constituições Latino-Americanas expressaram, por meio do uso da sua identidade jurídica em formação,

⁸⁹ PINHEIRO, 2006, p. 108-109.

desmonstrando, assim, as maiores mudanças sociais que ocorreram na região durante a primeira metade do século XX, principalmente com a incorporação da classe trabalhadora como fator decisivo de reivindicações de proteção social perante o Estado. Após essa primeira onda de reformas, a região foi submetida a um segundo período de mudança constitucionais, que foi fundamentalmente concentrada entre os anos 1980 e 2000. Nessa nova época, o Brasil mudou sua constituição em 1988, a Colômbia em 1991, a Argentina em 1994, a Venezuela em 1999, o Equador em 2008, a Bolívia em 2009 e o México em 2011. O autor explica que a maioria das novas constituições foram influenciadas basicamente por dois eventos. O primeiro evento foi político: a emergência de uma nova leva de ditaduras que afetaram a região; O segundo evento foi econômico: a adoção de reformas neoliberais e programas de ajuste econômico no final dos anos 80⁹⁰.

O período dos governos militares teve um profundo efeito na região, em diferentes níveis. Obrigando alguns países, após a retomada da democracia, a reconstruírem substantivamente suas organizações constitucionais. Já a Colômbia, nos anos 30, iniciou um processo de reestruturação do Estado no campo das políticas sociais, com intuito de se inserir de forma ativa no novo estágio de produção do capitalismo mundial, tendo em vista que o país era carente de leis que regulamentassem o trabalho assalariado. A Colômbia, embora possuísse uma relação de dependência econômica e cultural com relação aos países capitalistas centrais, não estava alheia às crises sociais que enfrentavam a sociedade capitalista naquele momento⁹¹.

E, como forma de satisfazer as novas demandas proeminentes do Estado (que se preocupava com o viés social que inseria-se de forma crescente nas demandas populares), promulgou a Constituição da Colômbiade 1936 que incorporou algumas das proposições da Constituição de Weimar, especialmente referentes à área da educação e à área da proteção social. Embora a questão trabalhista figure como dever de proteção estatal na constituição em seu artigo 17 “O trabalho é uma obrigação social e gozará de especial proteção do Estado”, constata-se que o dispositivo não esclarece quais são os direitos ou as garantias dos trabalhadores, diferentemente das

⁹⁰ GARGARELLA, Roberto. Latin American constitutionalism: social rights and the “engine room” of the constitution. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, v. 4, n. 1, p. 9-18, 2014, p. 14.

⁹¹ *Ibid.*, p. 14.

Constituições alemã e mexicana. Com a reforma constitucional de 1936, ocorreu a incorporação de princípios e preceitos dos movimentos políticos europeus e americanos, em especial os provenientes da Alemanha, que tratavam da proteção dos direitos sociais de índole assistencial. Somente com a Constituição da Colômbia de 1991 que o processo de incorporação dos direitos sociais ocorreu de forma abrangente, estabelecendo o direito a uma moradia digna, ao lazer e ao exercício dos esportes, como também trata de ampliar os direitos trabalhistas, como o direito a um salário-mínimo, a estabilidade no emprego, a qualidade no trabalho, dentre outros. Conclui a autora lembrando que desde os anos de 1930 o debate sobre a questão social era presentena sociedade colombiana⁹².

Cumprе destacar que os direitos sociais fazem parte do modelo de constituição contemporâneo. A Constituição de Weimar ganhou especial notoriedade frente ao ineditismo de apresentar um extenso rol de direitos sociais dispostos em seu texto, o que reverberou de forma positiva na comunidade internacional, influenciando ordens constitucionais mundo afora. Contudo, a previsão dos direitos sociais apresentava baixa densidade normativa, o que repercutiu e comprometeu sua efetividade social. Somente com a lei fundamental da Alemanha de 1949 que os direitos sociais ganharam corpo e um maior compromisso do Estado Alemão.

Existem duas experiências constitucionais que possuem o destaque de influenciar outros textos constitucionais que não apresentam em seus textos a previsão de direitos sociais: a Constituição dos Estados Unidos da América (1776) e a Constituição da Alemanha (1949). Contudo, a ausência de previsão expressa não significa que os direitos sociais estão sendo violados ou desrespeitados, na realidade, esses países não deixam de possuir uma política voltada aos direitos sociais, apenas não desfrutam da engenharia de proteção constitucional.

Jorge Reis Novaes realiza considerações relevantes sobre a questão da constitucionalização dos direitos sociais. Vale ressaltar, que a constitucionalização de direitos não fornece a efetividade social a esses direitos submetidos ou não ao regime próprio dos direitos fundamentais. Consiste em uma importante lição para que os países que constitucionalizaram os direitos sociais (inclusive em alguns casos reservam o regime de direitos fundamentais aos seus direitos sociais), e não compreendem como outros países - que sequer elencam seus direitos sociais no texto

⁹² GARGARELLA, 2014, p. 15.

constitucional, mas apenas na legislação ordinária - possuem um alto grau de efetividade social no cumprimento e aplicabilidade desses direitos pelo Estado. Novaes leciona que se costuma afirmar que os direitos sociais são direitos abertos, ou seja, nunca se chega a um ponto em que estejam totalmente protegidos. Diante disso, surge o argumento de que os países pobres possuem condições de implementar os direitos de primeira dimensão, mas não os de segunda dimensão, contudo, trata-se de uma afirmação simples demais⁹³.

Com efeito, quando os direitos de primeira dimensão são levados a sério e seu implemento se mostra bastante custoso, os países pobres também não terão condições de implementá-los. Essas ponderações levam ao seguinte questionamento: será que os países devem constitucionalizar os direitos sociais? O autor responde que não se trata de uma questão meramente filosófica acerca da natureza essencial, mas também de orçamento público e deve ser decidido levando em conta os recursos disponíveis e os efeitos decorrentes do seu reconhecimento como constitucionais. As vozes que se opõem à constitucionalização dizem que a Constituição é um documento delimitado e que, se um país quiser fornecer obrigatoriedade legal e exigibilidade a todas as demandas que uma sociedade requer, sua Constituição corre o risco de perder a coerência. Portanto, todos os direitos somente são protegidos até um certo ponto, que depende das decisões orçamentárias acerca da destinação de recursos públicos escassos. Na verdade, o nível de proteção dos direitos sociais é determinado por via política e não judicial, quer esses direitos sejam ou não constitucionalizados⁹⁴.

Os direitos sociais, inicialmente, surgiram na Europa no direito alemão, em decorrência do processo de industrialização e da maior concentração populacional nos meios urbanos, fruto da revolução industrial alemã tardia experimentada na segunda metade do século XIX.

Trata-se de um processo natural, em que os legisladores, com o intuito de frear as reivindicações dos movimentos operários que, cada vez mais se fortificavam e se organizavam com o avanço da urbanização e a crescente precarização das condições de trabalho, concediam direitos capazes de fornecer alguma margem de justiça social à sociedade de operários explorados pelo sistema capitalista.

Cumprido ressaltar que a conquista desses direitos, que vinham pregar justiça

⁹³ NOVAES, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra maioria. São Paulo: Almedina, 2009, p. 207.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 207.

social, em seus primórdios, somente alavancavam a proteção do direito em um nível formalista, isto é, a solidariedade e fraternidade social material restavam subprotegidos.

Já os direitos fundamentais de inspiração clássica de interpretação liberal, destinados à proteção da esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos, são os chamados direitos de defesa contra o Estado, direitos a ações negativas do Estado. O seu contraponto, são os direitos a uma ação positiva do Estado, quer dizer, em sentido amplo, refere-se ao direito como uma prestação e, em sentido estrito, ao *status* positivo. Caso se adote o conceito em sentido amplo qualquer direito a uma ação positiva reclama uma dada prestação, portanto definir em que medida os dispositivos de direitos fundamentais positivos devem garantir direitos a prestações é uma das questões mais controvertidas, principalmente quando se trata de direitos sociais⁹⁵.

Na construção conceitual de direitos fundamentais abordada por Alexy, vislumbra-se que nem todo direito social impõe prestação, como, também, nem toda prestação deve ser de forma absoluta e integral.

O certo é que o deslocamento das funções do Estado, dentro desse novo patamar assumido para ofertar a igualdade material, emergiu com força na Teoria do Estado. Isso resultou em um aprimoramento e alargamento das responsabilidades estatais - seja porque buscou a influência e inspiração na Constituição Mexicana - que, em sua raiz tem como motivo a previsão dos direitos sociais no seu texto constitucional como uma forma de enfraquecer os movimentos revolucionários que atentavam à estabilidade e à manutenção de certos grupos no controle do Poder Estatal - seja porque se baseou na Constituição de Weimar, que se fundamentou na crise do Estado Liberal e nas consequências impiedosas da Revolução Industrial.

O Estado Social ou *Welfare state* caracteriza-se pela expansão sem precedentes da competência dos poderes do Estado Legislativo e Administrativo, consequentemente avilta-se diante dessa abertura a exigência de um maior controle pelo Poder Judiciário. Portanto, o âmbito do processo judicial transcendeu os limites tradicionais da lide essencialmente privada, envolvendo apenas a esfera privada dos cidadãos, e estendeu-se para lides que desembocaram na atuação dos poderes políticos do Estado. Dessa forma, a Justiça administrativa e a Justiça constitucional

⁹⁵ ALEXY, 2001, p. 433.

alcançaram o patamar de influenciarem sobremaneira importantes fenômenos jurisdicionais. Em Cappelletti, os direitos sociais - típico produto jurídico do Estado Social ou *Welfare state* - caracterizados pelo fato de não possuírem uma natureza puramente normativa, mas, sim, promocionais e direcionados ao futuro, exige-se para sua gradual realização a intervenção ativa e duradoura no tempo da atuação estatal. Na defesa dos direitos sociais, o papel do juiz não pode se limitar a uma atuação estática do que venha ser legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto, mas ao contrário, deve ser responsabilidade do magistrado decidir se determinada atuação do Poder Público, mesmo quando imprimido de larga margem de discricionariedade ou mesmo diante da inércia estatal, se o comportamento dos órgãos públicos, está inserida de acordo com os programas prescritos, mesmo que por vezes descritas de forma vaga, pela legislação que promovem e protegem os direitos sociais ou pelos direitos sociais constitucionais⁹⁶.

Diante desse cenário de desenvolvimento e afirmação dos direitos sociais é que se constitui o papel e a responsabilidade dos juízes, que está cada vez mais em expansão, pois não basta uma atuação jurisdicional alheia aos deveres constitucionais e legais, em que o Poder Estatal deve prover a sua sociedade. Nesse sentido, a atuação dos magistrados requer comprometimento para alavancar a prestação jurisdicional, o Poder Judiciário não está mais circunscrito às lides privadas e a fazer e decidir o que é justiça.

O juiz, dentro do Estado Constitucional, deve preparar-se para promover a justiça - a justiça social. Com efeito, o papel do Poder Judiciário deve estar premido por acionar o Poder Público no cumprimento de suas responsabilidades sociais, sejam diante da exigência legislativa ou da constituição.

A atuação do Poder Judiciário no seio da implantação e promoção dos direitos sociais consiste em uma responsabilidade diante do próprio espectro promovido pelo próprio Estado Constitucional, que fortaleceu a importância dos magistrados e elevou-os a guardiões do texto constitucional.

Também o direito constitucional brasileiro, designadamente no período mais recente, sob a égide da Constituição Federal de 1988 e com maior incidência na última década, tem experimentado uma crescente influência por parte da Lei Fundamental, em especial por força do impacto da doutrina e da jurisprudência constitucional. São

⁹⁶ CAPPELLETTI, 1989, p. 22.

vários os fatores que explicam tal fenômeno, não sendo o caso aprofundar tal dimensão. Certo é que a principal porta de entrada para o direito comparado tem sido a receptividade por parte da doutrina e jurisprudência nacional⁹⁷.

No plano doutrinário, além de um aumento expressivo de doutoramentos, pós-doutoramentos e pesquisas realizados por brasileiros na Alemanha, também se constata um crescimento considerável no que diz respeito com relação ao número de obras de direito constitucional da Alemanha traduzidas para o português, o espanhol e o italiano, que, de forma compreensível, são (ainda) as línguas estrangeiras mais citadas no meio acadêmico nacional, juntamente com o francês e o inglês. A própria importação indireta de categorias do direito constitucional alemão, por meio da doutrina portuguesa, espanhola e italiana, igualmente bastante receptiva à produção alemã, ocupa um lugar de destaque neste processo. Com efeito, atualmente, bastaria um olhar sobre o direito comparado, para que se possa afirmar que a doutrina e jurisprudência constitucional alemãs, notadamente sob a égide da Lei Fundamental, têm contribuído decisivamente para a gradativa construção de uma gramática constitucional comum (pelo menos em alguns campos sensíveis do direito constitucional) ou do que alguns têm designado de um direito constitucional comum. Que o Brasil acabaria de algum modo sendo afetado por tal movimento, ainda mais considerando o perfil do projeto constitucional de 1988, já era de se esperar⁹⁸.

Novaes apresenta a formação dos direitos sociais de forma mais detalhada, estabelecendo que a origem está intrinsecamente ligada às concepções políticas em confrontos que atravessaram o século XX. Especificamente no ano de 1918 em que a Revolução Russa rompeu os limites jurídicos do Estado de Direito e do modelo constitucional ocidental, quando a luta democrática anti-czarista apresentou ao mundo uma Declaração de Direitos do povo trabalhador e explorado e uma Constituição radicalmente oposta aos modelos ocidentais, ou seja, a Revolução Russa representou uma alternativa drástica ao então preponderante e celebrado modelo de Estado de Direito liberal⁹⁹.

A revolução Russa introduziu uma nova forma de concepção estatal afastando radicalmente do modelo tradicional em que os direitos fundamentais são tidos como

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 93.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 93.

⁹⁹ NOVAES, 2015, p. 9.

direitos contra o Estado, produto de uma raiz que privilegia unicamente uma matriz voltada para a autonomia privada, e substitui essa concepção, compreendida como expressão da burguesia, por um programa de funcionalização integral do exercício dos direitos fundamentais às orientações e aos interesses do regime político e do poder estatal¹⁰⁰.

A funcionalização integral do exercício dos direitos fundamentais permitiu uma nova forma de se compreender o direito, em que por exemplo os direitos dos trabalhadores que haviam sido postos à margem pelo modelo ocidental diante da sociedade de opressão, seriam realizáveis não mais contra o Estado, mas através do Estado, isto é, um Estado que estava nas mãos dos próprios titulares dos direitos sociais. A postura anti-individualista e antiliberal que fundamentou a concepção Russa dos direitos sociais frente aos tradicionais direitos de liberdade não foi um movimento exclusivo do regime soviético. Na mesma época e nas décadas seguintes há manifestações similares de defesa de direitos sociais, ainda que, com forte base ideológica e fins diversos, em regimes autocráticos conservadores, como por exemplo na Constituição portuguesa de 1933. Importa salientar que, essa nova postura, essa nova forma de compreender os direitos sociais como direitos a serem alcançados por meio do Estado e não contra o Estado, até aquele momento eram inexistentes nas Constituições de Estado de Direito Liberal¹⁰¹.

Por outro lado, a defesa dos direitos sociais não restou limitado politicamente ao modelo das Constituições de Estado de não-direito, disseminou-se encontrando terreno fértil e próspero para se desenvolver no plano do emergente Estado social e Democrático de Direito que se consolidava, em que os direitos sociais já não eram mais postos como contradição ao Estado liberal, mas como complementares e integrando a manutenção, como também garantia o aprofundamento da defesa dos direitos de autonomia privada. As primeiras constituições de Estado de Direito Social, como a Constituição de Weimar, representavam a alternativa ao modelo soviético, em que as ideias de solidariedade, igualdade e justiça social congregavam-se com os valores da liberdade e da autonomia privada que esse tipo de Estado legitimava¹⁰².

Os direitos sociais fundamentam-se, agora, não apenas em um ideal de construção de uma sociedade superior na qual o ideal socialista entra em confronto

¹⁰⁰ NOVAES, 2015, p. 10.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰² *Ibid.*, p. 12.

com a ocidentalização experimentada pelo capital, mas, sim, em uma dimensão mais ampla, que nos dias atuais. Repercutem, desde a realização de uma sociedade mais justa, incluindo valores da solidariedade cristã ou de uma concepção substancialmente aliada à promoção da dignidade da pessoa humana, até ao primado da racionalidade econômica utilitarista. Já no plano do direito internacional dos direitos humanos, o marco da consagração dos direitos sociais foi alcançado nas discussões na ONU pós Segunda Guerra Mundial, em que houve o alinhamento de diferentes Estados na elaboração da Declaração dos Direitos do Homem, consolidando a disseminação dos direitos sociais tanto por meio da aprovação e ratificação da declaração, como também no poder de influenciar constituições de forma direta na sua produção ou reforma mundo afora¹⁰³.

Jorge Miranda esclarece que o regime jurídico dos direitos sociais se relaciona com a premissa de que existem desigualdades - algumas decorrentes das próprias condições físicas e mentais de cada pessoa, outras derivadas da situação econômica, social e cultural que guarnecem o meio a que estão inseridos os indivíduos. Isso exige a necessidade da atuação estatal para vencê-las ou mesmo contorná-las, com o fito de possibilitar a viabilidade do maior grau possível no atingimento da igualdade concreta e de resultado. Consequentemente, os direitos liberdade e garantia são autoaplicáveis (art. 18, n. 1, Constituição Portuguesa 1979), ao passo que os direitos sociais são dependentes para sua efetividade da realização do Estado e da própria sociedade. Contudo, a efetivação dos direitos sociais propicia a própria liberdade ou de certas liberdades¹⁰⁴.

Continua Miranda, as liberdades e as garantias são direitos de autonomia, de manifestação, de individualização que repercutem diretamente na própria essência do ser humano, que demandam uma posição de respeito pelo Estado e pelas demais entidades públicas e, em certa medida, até mesmo dos demais componentes da sociedade, isto é, traduzem-se em limitações ao poder público. Os direitos sociais constituem-se em direitos de necessidade e, ao mesmo tempo, de comunicação. Referem-se às condições de existência da própria pessoa, exigem a prestação de bens e de serviços, dependem de uma atuação modificadora das estruturas econômicas, sociais e culturais¹⁰⁵.

¹⁰³ NOVAES, 2015, p. 12.

¹⁰⁴ MIRANDA, 2000, p. 122.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 122.

Impõe pontuar aos pesquisadores de direitos fundamentais e direitos sociais dentro do direito comparado, que a Constituição Portuguesa optou por uma via intermediária de distinção de regime jurídico, em que a fundamentalidade deve ser construída de acordo as especificidades do caso concreto.

Esta via se traduz na máxima que os direitos econômicos, sociais e culturais adotando o regime a ser instrumentalizado como direitos fundamentais, para que então gozem do regime jurídico da fundamentalidade, dependem do grau em que repercutem diretamente ou reflexivamente nos direitos de liberdade e garantia, isto é, tanto no tocante à inconstitucionalidade como no tocante a revisão constitucional. Portanto, na medida em que os direitos sociais influem nas liberdades e garantias clássicas, são postos à verificação, caso a caso.

A adoção do sistema de mista fundamentalidade dos direitos sociais pela Constituição Portuguesa de 1979, exige que o pesquisador de Direito Comparado analise cada caso concreto, juntamente com a sua evolução dentro do tribunal, para que percorra todas as fases em que o Direito Social se desenvolveu ou retrocedeu na sua fundamentalidade.

Ingo Wolfgang Sarlet realiza uma análise comparativa sobre os direitos sociais determinando que a Constituição da República de 1988 se encontra em uma posição de vanguarda na matéria ao consagrar em seu texto os direitos sociais como direitos fundamentais, o que garante uma supremacia normativa, gerando a aplicação do mesmo regime jurídico pertinente aos direitos fundamentais clássicos, observando as peculiaridades que cabem a cada direito protegido. A aplicação do regime jurídico concernente à fundamentalidade aos direitos sociais se distancia bastante do quadro normativo vigente em outros países, em que quando são previstos constitucionalmente, tais direitos são vistos com uma força normativa de reduzida eficácia e, em alguns casos, chega-se a negar o atributo da fundamentalidade ou mesmo apenas reconhecem que se trata de normas impositivas de fins e deveres estatais¹⁰⁶.

Essa limitação decorre do fato de que nesses países há um reconhecimento de uma densidade normativa mais baixa frente aos direitos sociais - o que demanda uma atuação do Poder Legislativo para imprimir a sua eficácia, especialmente com relação às posições jurídicas subjetivas exigíveis em face do Estado. Continua o autor, países

¹⁰⁶ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 597.

como Alemanha, França, Portugal, Espanha e Itália, em regra, têm sido barradas a aplicabilidade imediata e direta dos direitos sociais, o que os torna exigíveis como direitos subjetivos na forma e nos limites impostos pela legislação infraconstitucional. As principais funções atribuídas aos Direitos Sociais no Direito Comparado são: estabelecer limites aos demais direitos - fundamentais ou não, ou seja, que afetam o âmbito de proteção de outros direitos, demarcando concretamente a eficácia deles, e atuando, dessa forma, em um sentido essencialmente negativo; incidirem como parâmetro de constitucionalidade de atos normativos, pois estabelecem um mínimo a ser observado pela legislação infraconstitucional, isto é, possuem uma eficácia dirigente que vincula e limita, a discricionariedade do legislador ou mesmo da própria administração pública¹⁰⁷.

Já o estudo da evolução histórica dos direitos sociais nas Constituições brasileiras demonstra a concretização do grau de efetividade e reconhecimento de novos direitos de forma progressiva.

A Constituição Imperial de 1824, de viés liberal, não detinha um capítulo específico sobre direitos sociais, contudo sinalizou o início da abertura nesse sentido, garantindo os chamados socorros públicos, a instrução primária universal e gratuita e a existência de colégios e universidades. Já a Constituição Republicana de 1891 apresentou-se insuficiente para as questões sociais almejadas, por exemplo, ignorou as demandas pela discussão sobre reforma agrária e não dispôs sobre a situação dos escravos recém libertos. A Constituição de 1934 representou a transição para todas as demais Constituições que se seguiram, reconhecendo a maioria dos direitos que estavam a ser difundidos mundialmente, normatizando amplamente os direitos sociais de forma sistematizada, sendo a primeira Constituição Brasileira a instituir uma parte específica prescrevendo normas sobre a ordem econômica e social¹⁰⁸.

Definiu ser competência concorrente da União e dos Estados zelar pela saúde e pela assistência pública, estabeleceu a assistência médica sanitária aos trabalhadores e às gestantes, assegurando o descanso maternidade antes e depois do parto, inovou ao constitucionalizar os direitos e garantias trabalhistas, instituindo a proteção social dos trabalhadores, fixou o direito à educação mediante a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino primário, inclusive para adultos, sinalizando uma tendência para a gratuidade do ensino ulterior ao primário. A Constituição de

¹⁰⁷ SARLET, 2017, p. 597.

¹⁰⁸ PAGLIARINI, 2021, p. 70.

1937, da fase totalmente ditatorial de Getúlio Vargas retrocedeu e, simplesmente, desrespeitou integralmente os direitos fundamentais, em especial os direitos políticos. Com a volta à democracia, a Constituição de 1946 continha a declaração de direitos dividida em dois capítulos: o primeiro dedicado aos direitos referentes à nacionalidade e à cidadania e o segundo dedicado aos direitos e às garantias fundamentais¹⁰⁹.

Tanto a Constituição de 1946, como a de 1967, e na emenda constitucional de 1969, aparecem disposições similares, como a previsão dos direitos à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Destacam-se dois títulos da constituição de 1967: um sobre a ordem econômica e outro sobre a família, a educação e a cultura. A Constituição da República de 1988 trouxe um amplo rol de direitos sociais. São qualificados como direitos sociais: direito à educação; direito à saúde; direito à alimentação; direito ao trabalho; direito à moradia; direito ao transporte; direito ao lazer; direito à segurança; direito à previdência social; direito à proteção à maternidade e à infância; e o direito à assistência aos desamparados¹¹⁰.

Visualiza-se nesse rol que as conquistas dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro decorreram de uma ampliação sucessiva, tendo em vista que o direito à moradia foi incorporado em 2000 pela EC 26/2000, o direito à alimentação, em 2010, pela EC 64/2010, e o direito ao transporte, em 2015, pela EC 90/2015.

A Constituição da República de 1988 subdividiu o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais) em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Por constarem dentro do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, os direitos sociais são considerados essenciais à vida pela Constituição e, segundo a doutrina, são classificados como direitos de segunda geração - que são aqueles que necessitam da atividade estatal para que as necessidades mínimas e básicas dos indivíduos sejam satisfeitas, isto é, são considerados indispensáveis ao atendimento do princípio da dignidade humana.

Cumprе mencionar, de antemão, que os direitos sociais não são apenas os expressos no artigo 6º do texto constitucional, existindo, portanto, direitos sociais dispersos ao longo de todo o seu texto.

Coelho esclarece: assim, de modo genérico, tais direitos logo a seguir se especificam, como direitos dos trabalhadores (art. 7º, I a XXXIV) – que são os

¹⁰⁹ PAGLIARINI, 2021, p. 70.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 70.

verdadeiros destinatários desses preceitos constitucionais, no entendimento de Celso Bastos e Ives Gandra Martins -, sem que essa enumeração seja exaustiva, até porque, assim determina a própria Carta Política tanto no caput desse artigo 7º quanto no §2º do art. 5º, nos quais estatui que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros decorrentes dos regimes e dos princípios por ela adotados – à frente e acima de todos eles a dignidade da pessoa humana¹¹¹.

Aponta-se, assim, que é possível encontrar outros direitos sociais ao longo do texto constitucional, como direito à cultura (art. 215, CF), o direito ao desporto (art. 217, CF), direito ao meio ambiente (art. 225, CF). Como também, os direitos sociais podem provir de tratados internacionais em que o Brasil seja parte e incorpore-os formalmente ao ordenamento jurídico nacional.

Os direitos fundamentais sociais são constitucionalmente previstos e, por força do artigo 5º, §1º da Constituição da República de 1988, possuem aplicação imediata. Ocorre que, no plano fático, tal previsão constitucional sofre limitação, pois a realização de um direito social depende de recurso público disponível para tanto, demonstrando que, além do aspecto constitucional, o direito social possui um aspecto econômico relevante.

Flávia Piovesan enfatiza, que o texto constitucional de 1988 foi responsável pela inauguração da fundamentabilidade dos direitos sociais, isto é, as Cartas anteriores previram de forma pulverizada no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Impõe destacar, que desde a Constituição de 1934 tem-se a previsão de direitos sociais, contudo somente com a Constituição da República de 1988 é que os direitos sociais integram e são direitos fundamentais, manifestando aplicabilidade imediata¹¹².

A fundamentabilidade dos direitos sociais afere o atributo da justiciabilidade ao exercício do direito, tendo em vista que o direito social dotado do caráter de direito fundamental confere que sua aplicabilidade seja de forma imediata, o que permite ao seu titular provocar o Estado para que lhe seja garantido o gozo e a fluência do direito e constitua a imposição ao Poder Público o dever ao seu adimplemento perante a sociedade.

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 826.

¹¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 410.

Outrossim, quando o poder constituinte eleva e elege os direitos sociais ao patamar de direito fundamental, o constitui como direito subjetivo, repercutindo, assim, dentro da esfera dos direitos atribuíveis ao cidadão como também com relação à sociedade como um todo, ou seja, o direito social pode ser exigido tanto de forma individual como coletiva.

Os direitos sociais fundamentais e o dever do Poder Público na sua prestação, especificamente discute-se em que medida deve se qualificar a atuação estatal, se o dever dentro do Estado democrático de direito diante do espectro de ampliação que a dignidade da pessoa humana vem fornecendo ao ser humano que abandona sua posição de integrante passível de uma sociedade de massa e invisível aos olhos do poder público, ou seja, poderá ser compreendido como um dever de prover os deveres estatais como prestação integral independente de limites.

Questiona-se, assim, o papel que o Poder Judiciário passa a exercer na sociedade contemporânea retirando temas que deveriam passar pelo crivo do parlamento e do executivo em busca de respostas que muitas vezes atropelam o necessário e devido processo democrático que deveriam se submeter, como também ao equilíbrio orçamentário e as consequências advindas.

O reconhecimento de direitos sociais, especialmente em nível constitucional, redimensiona e acentua o papel do Poder Judiciário, que passa, justamente, a ser instado a pronunciar-se sobre políticas públicas e os modos de realização desses direitos. Os juízes (e todos os demais operadores do Direito) tornam-se, em certa medida, corresponsáveis pelas políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais, pois existe uma determinação constitucional (e eventualmente internacional) nesse sentido, ou seja, há pautas rigorosamente normativas que suscitam o controle judicial¹¹³.

O alargamento das disposições constitucionais referentes ao direito judiciário impõe na responsabilidade e o papel do Poder Judiciário no cumprimento da Constituição, resultando no seu afastamento natural de sua neutralidade enquanto poder, elevando o Poder Judiciário a uma posição de protagonista diante dos demais poderes constituídos.

O desenvolvimento atual dos direitos sociais se encontra em uma fase ativa, na qual a simples enumeração desses direitos como recomendações ou diretrizes a

¹¹³ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 165.

serem perseguidas pelo Estado sem uma força de efetiva consolidação em políticas públicas não correspondem às demandas exigidas pelo Estado Constitucional de Direito.

A sociedade vem sendo contemplada por um amplo rol de direitos sociais encartados, muitas das vezes, no próprio texto constitucional, gerando o direito de exigir a sua plena implantação, o que se traduz na relação intrínseca que deve permear o dever do Estado em garantir os direitos fundamentais do ser humano.

Dessa forma, faz-se mister entender que o dever de promoção dos direitos sociais repercute diretamente no quanto se poderá atingir na concretização do próprio direito humano, direito fundamental e dos direitos sociais.

Assim sendo, surge o questionamento de forma exemplificativa sobre como o Estado poderá garantir o direito à vida sem uma consistente política pública que promova o direito social à saúde.

O sucesso da Constituição da República de 1988 na enumeração em seu corpode um amplo rol de direitos fundamentais não pode estar centrado em apenas uma direção, isto é, apenas de forma ilustrativa e demagógica.

Faz-se necessário aparelhar a sociedade receptora com a adoção de políticas públicas, sob o risco da ampliação se tornar um meio exclusivo das classes economicamente favorecidas, as quais possuem os recursos e o conhecimento para ativarem o poder judiciário para fazerem valer os seus direitos fundamentais independentemente da existência de uma política pública por parte do Estado.

A parcela mais vulnerável da sociedade é a que mais clama por acesso aos direitos fundamentais e aos direitos sociais. Ofertar tais direitos sem a contraprestação educacional com políticas públicas consistentes resulta na criação de duas classes de direitos distintas, a dos privilegiados - que contam com os benefícios de gozarem de direitos sem a necessidade de uma atuação ativa por parte do Estado, enquanto os mais vulneráveis dependem quase que, exclusivamente, de uma agenda política ativa, além do que muita das vezes a atuação estatal se restringe a localidades centrais determinadas.

No próximo tópico da dissertação, apresenta-se como a doutrina nacional trabalha com os direitos sociais, e como as teorias adotadas - tanto pelo poder judiciário como pela academia - são provenientes de fontes jurídicas não nacionais (principalmente do direito alemão), em que houve o transplante jurídico para o país receptor, permitindo o questionamento da tutela dos direitos sociais dentro do

ordenamento jurídico nacional, resultando em uma construção jurisprudencial firme na proteção dos direitos sociais e na busca pela materialização do princípio da igualdade. Como na transformação e renovação de institutos jurídicos que se mostravam estanques frente às crescentes demandas sociais que de forma exponencial se apresentam.

3.2 RESERVA DO POSSÍVEL, O MÍNIMO VITAL E A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

A Teoria da Reserva do Possível parte da premissa relacionada ao custo financeiro e material gerado pelo direito social pleiteado, em que as prestações decorrentes com a implementação desses direitos por parte do Estado dependem dos recursos públicos disponíveis e da devida aprovação determinada anteriormente.

Consubstancialmente, a Teoria da Reserva do Possível busca manutenção da saúde financeira estatal, no intuito de preservar e resguardar o poder financeiro e material nas demais obrigações estatais, isto é, a atuação do Estado deve ser condicionada de forma diligente no cumprimento e concretização dos direitos sociais.

Frise-se, não se trata de uma simples limitação ou da preterida cláusula de barreira que, em análise política social venham a conter os avanços alcançados pelo fortalecimento cada vez mais incisivo que o provimento de direitos sociais proporciona, mas, sim, da adoção de um regime sustentável que fornece segurança e equilíbrio para o desenvolvimento dos direitos sociais enquanto sistema forte e tendente a completude.

A Reserva do Possível originou-se em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em que um cidadão alemão contestava a falta de vagas no ensino superior, alegando que a educação consistia no mínimo vital para o ser humano atingir uma vida digna e concretizar sua cidadania.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (de 1949) não incorporou nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais de “segunda geração” (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência), fato que se deve às más experiências com a Carta anterior de Weimar. Essa Constituição de 1919 é tida, no mundo inteiro, como uma das primeiras Cartas que incorporaram os direitos sociais a prestações estatais no seu texto. No entanto, para a doutrina constitucional alemã pós-guerra, ela serve como modelo de uma Carta “fracassada” que, inclusive,

contribuiu para a radicalização da política desse país nos anos 20 e a tomada do poder pelos nazistas em 1933. Os seus modernos artigos sobre direitos sociais foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema direita e da esquerda política, como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda”. Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações¹¹⁴.

Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora. A maioria dos autores alemães se dirige contra direitos fundamentais sociais na constituição, porque estes seriam, na sua maioria, não-realizáveis por parte do Estado, provocando a impressão do cidadão de que todo o texto constitucional seria nada mais do que uma “construção de frases” ou um “catecismo popular, cheio de utopias” que resultaria na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores. Por outro lado, quase todas as constituições dos 16 Estados federados alemães (Länder) contêm direitos sociais. Houve uma discussão acirrada sobre a necessidade da inclusão desses direitos da “segunda geração” (especialmente a emprego e habitação) no texto da Carta Federal no contexto da unificação das Alemanhas em 1990, prevalecendo a linha que não quis “mexer” nas bases estruturais de um texto que, durante 40 anos, garantiu estabilidade, bem-estar e liberdade¹¹⁵.

A previsão constitucional da garantia do núcleo essencial no artigo 19, §2º da lei fundamental alemã observa que os direitos fundamentais podem ser restringidos desde que não venha a ser afetado o seu conteúdo essencial, isto é, o seu núcleo intangível de proteção¹¹⁶.

A expressão “Reserva do Possível” foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão na decisão BVerfGE 3 33, 303 (*numerus clausus*) em que se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas

¹¹⁴ KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999, p. 244.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 244.

¹¹⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 149.

limitações absolutas de admissão (*numerus clausus*).

O caso *Numerus Clausus* trata-se do direito ao acesso a uma vaga no curso de medicina humana, em uma das universidades alemã. Em razão da limitação de vagas, os candidatos não aceitos nas Universidades de Hamburgo e Baviera (anos 1969 e 1970), entraram com recurso, solicitando ao Poder Judiciário o acesso ao curso, baseados no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã que dispõe “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Sob a alegação de que só é possível solicitar ao Estado aquilo que se pode esperar, o pedido foi negado, uma vez que o entendimento foi a não razoabilidade em oferecer vagas ilimitadas ao curso de medicina pelo Estado.

O §17 da Lei Universitária de Hamburgo, de 25 de abril de 1969, determinava: (1) A admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e enquanto isso for necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade, para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento. Antes da introdução de uma limitação da admissão, deve-se, sobretudo, avaliar se, e em que extensão, a universidade pode tomar medidas, principalmente na área da reforma do ensino, que sejam adequadas a evitar uma restrição da admissão. (2) Limitações da admissão serão regulamentadas por leis de admissão, nas quais devem ser estabelecidas regras sobre a escolha e o número dos candidatos a serem admitidos. A cada seis meses deve ser verificado se ainda está presente a condição do parágrafo 1º. (3) Leis de admissão serão estatuídas pelo Senado (Conselho) Acadêmico, depois da oitiva dos departamentos interessados. Sobre esta base, o Senado (Conselho) acadêmico da universidade estatuiu, para o semestre de verão de 1970, uma lei de admissão para o curso de medicina humana e odontologia¹¹⁷.

Segundo a lei, as vagas disponíveis para candidatos alemães deviam ser distribuídas na proporção de 60%, segundo fatores de desempenho (currículo do candidato) e 40% segundo o princípio do ano de nascimento; pode ainda uma parte das vagas - a serem definidas a cada semestre - ficar reservada a casos especialmente peculiares (difíceis)¹¹⁸.

A escolha segundo os fatores de desempenho baseava-se fundamentalmente na nota média aferida do certificado de conclusão do curso secundário (*Reifezeugnis*).

¹¹⁷ SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 652.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 652.

No caso da escolha segundo o princípio do ano de nascimento, eram admitidos prioritariamente candidatos que já tivessem prestado o serviço militar ou um serviço civil alternativo àquele. Tratando-se da Lei de Admissão às Universidades Bávaras – de 8 de julho de 1970 – distinguia-se da Lei Universitária de Hamburgo, apresentando a formulação de que seria possível limitar o número de estudantes para algumas áreas do conhecimento somente se fosse essencial à manutenção do funcionamento regular de um curso, ou seja, deveria levar em conta a capacidade de instalações da universidade (Art. 2 II da Lei de Admissão)¹¹⁹.

Tal lei continha critérios para a oferta de vagas universitárias e, em seu artigo 3, é possível encontrar uma autorização (edição de um decreto pelo Ministério da Educação Bávaro) a fim de efetivar tais critérios. Baseado na apresentação do Tribunal Administrativo de Hamburgo, no caso *Numerus Clausus*, o TCF declarou sendo incompatível o § 17 da Lei Universitária de Hamburgo com a *Grundgesetz*, afastando somente a cláusula “filho da terra” (art. 3 – II da Lei de Admissão) que antevia benefícios aos candidatos bávaros às vagas nas universidades da Bavária. A decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 18 de julho de 1972 com base na audiência pública de 3 de maio de 1972 - 1 BvL 32/70 e 25/71 trata das Razões, Direito Constitucional e Liberdade Profissional, enfatizando a diferença da *Numerus Clausus* com a *Grundgesetz*, especialmente quando se trata de candidatos socialmente mais carentes, cuja possibilidade de espera por uma vaga é quase que totalmente nula¹²⁰. No que versa sobre a Liberdade Profissional, aponta que alguns dos aspectos essenciais para a proteção do direito fundamental no presente contexto foram negligenciados, encontrando-se o *Numerus Clausus* à margem do Direito Constitucional Material aceitável. Segundo o texto, é fundamental atentar-se ao quesito coletividade, melhorando a estrutura da universidade, uma vez que, todavia, não é possível prover ao candidato a vaga desejada, vista a quantidade de candidatos à vaga de medicina. Levando em consideração a teoria dos degraus, a escolha profissional vai depender da escolha do curso de formação. Em sua acepção, é fundamental o princípio da proporcionalidade, visto efeitos como migração para outros cursos e debanda para o exterior. Um *Numerus Clausus* absoluto somente será constitucional se atender a inúmeras condições, como prescrição dos limites

¹¹⁹ SCHWABE, 2005, p. 652.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 652.

necessários e critérios racionais de atendimento ao local¹²¹.

De acordo com a decisão ora analisada, a Teoria da Reserva do Possível possui sua origem no Tribunal Constitucional Alemão, ela estabelece de forma cristalina que a efetivação dos direitos fundamentais não é absoluta, mas sim que admite a inserção de limites.

A contribuição do direito comparado na construção de uma teoria que viabilize a efetividade dos direitos sociais na sociedade brasileira mostra-se imprescindível. A migração de teses do Tribunal Constitucional Alemão permitiu à academia jurídica brasileira compreender que o Estado Constitucional pode e deve buscar a justiça social e a efetividade dos direitos sociais, mas deve existir uma ponderação do quanto é capaz de suprir essa demanda social, para que não venha repercutir nas demais obrigações estatais.

No entanto, diferentemente do que a decisão do Tribunal Constitucional Alemão utilizou como fundamento (estabeleceu a possibilidade de limites à efetivação dos direitos fundamentais), tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira aplicam a Teoria da Reserva do Possível buscando fundamentos no seu aspecto econômico, isto é, enfatizando a capacidade financeira e orçamentária do Estado no cumprimento dos direitos sociais.

Olsen expõe que a maior dificuldade relacionada à concretização dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, o verdadeiro entrave à efetivação destes direitos está na concepção de reserva do possível; os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional somente poderiam ser exigidos do Estado diretamente se presentes as condições financeiras para tanto, se presente a previsão orçamentária, se respeitado o princípio democrático de “livre” disposição de recursos pelo legislador, se respeitada a discricionariedade estatal e na escolha das políticas públicas a serem adotadas na sua realização¹²².

Andreas Krell salienta que a dogmática jurídica alemã se apresenta em diversos casos transponível ou adaptável ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que muitos dos preceitos e formulações das Constituições de 1988 e anteriores foram inspirados pela Lei Fundamental Alemã¹²³.

No entanto, convém ressaltar que a estrutura do texto constitucional de 1988,

¹²¹ *Ibid.*, p. 652.

¹²² OLSEN, 2011, p. 112.

¹²³ KRELL, 1999, p. 224.

bem como os da Espanha e de Portugal, (os quais também sofreram a marca alemã), difere bastante daquela concatenada na Lei Fundamental de Bonn, já que naquelas predomina um alto número de normas programáticas, mandamentos, diretivas, fixação de metas e conferem um menor peso a uma normatividade estrita, à obrigatoriedade e justiciabilidade. Cumpre ainda destacar, que a Lei Fundamental da República Federal de 1949 optou por rejeitar a incorporação de uma sistematização dos direitos sociais (direitos dos trabalhadores, direito à educação, direito à saúde, direito à assistência) em sua estrutura normativa, fato ensejado devido às más experiências constituídas durante a vigência da Carta anterior de Weimar¹²⁴.

Importa precisar que, para os países do Sul global, as experiências do Norte com o uso dos tribunais como instrumentos de mudança social podem ser construtivas na evolução do direito local. Pode ser que os estudiosos do Sul vejam a possibilidade de uma ação judicial ser encarada como mais positiva e promissora do que a literatura norte-americana sobre determinado assunto. Como exemplo, aponta-se o dispositivo alemão de escrutinar a metodologia orçamentária como sendo uma ferramenta interessante para algumas jurisdições do Sul, não necessariamente para adotar a abordagem bastante rígida e não-problemática da Alemanha no atacado, mas sim como um ângulo potencial a ser explorado ao desafiar as omissões governamentais para fornecer bens ou serviços¹²⁵.

Rodrigo de Oliveira Kaufmann salienta que a importação de modelos jurídicos estrangeiros nunca foi uma exceção no Brasil, mas ao contrário sempre foi compreendida como uma marca de maturidade no campo institucional e sinal de erudição e competência acadêmica. O autor lembra que o Brasil pré-constituição de 1988 apresentava um severo grau de déficit constitucional e democrático, isto é, existia um vácuo institucional que produzia um vácuo discursivo no direito constitucional que se socorria do direito civil para a produção do direito público¹²⁶.

Seguindo a tradição do caminho empreendido nos estudos em direito privado que tinha um forte apelo no direito comparado, autores estrangeiros vieram para preencher esse vácuo acadêmico passando a impactar e pautar os discursos e os

¹²⁴ KRELL, 1999, p. 224.

¹²⁵ HAILBRONNER, Michaela. Overcoming obstacles to North-South dialogue: transformative constitutionalism and the fight against poverty and institutional failure. **Verfassung und Recht in Übersee**, n. 49, n. 3, p. 253-262, 2016, p. 261.

¹²⁶ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 164.

debates em direito público no Brasil. É notória a influência do direito público francês, alemão e italiano nos livros de direito constitucional produzidos no país. Foram e são especialmente lidos, não como fonte histórica que já se produziu no campo do direito público, mas como celebrada fonte doutrinária atual de direito constitucional: os franceses Prélot, Duguit, Malberg e Hauriou; os alemães Laband, Anschütz, Heller, Kelsen, Schmitte e Jellinek; e os italianos Santi Romano, Biscaretti di Ruffia, Ranelletti, Mortari, Crisafulli e Virga¹²⁷.

Após a definição dos fundamentos originais da “reserva do possível”, apresenta-se a Teoria da Reserva do Possível sob o ângulo que a doutrina e a jurisprudência brasileira elegeram como o mais adequado para a realidade e as dificuldades enfrentadas pelo Brasil no campo da efetivação dos direitos sociais, isto é, em uma perspectiva eminentemente econômica.

A Teoria da Reserva do Possível tem a finalidade de salvaguardar ao poder público a capacidade de recusar a efetivação de um direito social quando provado e fundamentada a impossibilidade de recursos e os prejuízos que podem ser causados com a exigência excessiva.

Observa-se que a finalidade é de resguardar ao poder público o dever de prestar apenas o que lhe é possível e sendo ultrapassados os limites, a prestação de outros direitos pode ser colocada em risco, motivo pelo qual poderá rejeitar a efetivação do direito social pleiteado.

Com o desenvolvimento da sociedade impulsionado pelas conquistas pulsantes dos direitos fundamentais como núcleo essencial para satisfazer os requisitos que colaborem por uma vida digna do ser humano surge uma nova visão da dogmática jurídica também com relação aos direitos sociais.

A expressão “mínimo existencial” veio como uma pedra fundante para uma nova Teoria dos Direitos Sociais, em que se deve observar um mínimo de garantia, um mínimo de atuação, um mínimo de proteção que venha possibilitar que o ser humano se desenvolva de forma adequadamente digna dentro da sociedade e retirando, assim, o Estado de uma posição quase letárgica para uma atuação ativa democrática, isto é, todos os componentes de dada sociedade possuem o direito ao livre desenvolvimento digno.

Embora operante nos direitos sociais em geral, a Teoria da Reserva do Possível

¹²⁷ KAUFMANN, 2011, p. 164.

tem “especial incidência no terreno da saúde e da educação, cujas normas constitucionais atribuem, sobretudo ao Poder Público o encargo de custear a satisfação dessas necessidades, consideradas inerentes a uma vida digna”¹²⁸.

Nunes Júnior dispõe sobre a dependência de recursos públicos disponíveis para concretização dos direitos sociais: Todavia, no âmago do próprio princípio da legalidade, surge o chamado princípio da legalidade orçamentária. Legalidade, afirma o autor, “é o princípio de limitação do poder do Estado, e ao mesmo tempo, de direcionamento das atividades administrativas.” Dentro dessa seara, nasce a ideia de que as despesas públicas devam ser sempre autorizadas pelo Poder Legislativo, por meio de Lei Orçamentária Anual ou de leis voltadas à aprovação de créditos especiais ou suplementares. Balizado por esses dois parâmetros, surge o conceito desse limite contingente à realização de direitos sociais, a reserva do possível, que, em suma advoga que a concretização dos direitos sociais ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos de respectivas entidades públicas para tal finalidade¹²⁹.

Considerando de maneira abstrata que determinado país não possui ou não emprega de forma efetiva os recursos financeiros, significa dizer que, para a política brasileira adotada, a disponibilidade de recursos públicos se torna um impasse que não permite que os direitos sejam realizados em sua força máxima ou pelo menos de maneira uniforme.

Logo, seria possível afirmar que o Estado, a partir de seu poder discricionário, terá de realizar escolhas para aplicação dos recursos no sentido de atender alguns direitos e outros não. Nesse sentido, também é verdade que da maneira posta os recursos financeiros prevalecem aos direitos previstos, na medida em que, alguns doutrinadores descrevem que não há direito se não houver meio de realizá-lo.

Por derradeiro, Nunes Júnior esclarece: o cerne da questão descansa na premissa de que os recursos públicos são limitados, e, nessa ordem, insuficientes ao atendimento de todas as demandas da coletividade. Assim, o Estado estaria impelido à realização de escolhas, as quais, de sua vez, ficariam situadas no campo de projeção da chamada discricionariedade administrativa, impedindo, pois, a exigibilidade judicial de tal direito. Nota-se, com efeito, que a definição de tais escolhas orçamentárias estariam inseridas no âmbito da discricionariedade

¹²⁸ MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1548.

¹²⁹ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 171.

administrativa indicaria, mais do que a inexigibilidade judicial de tais direitos, a própria inexistência dos respectivos direitos fundamentais sociais, pois o que existiriam demandas sociais, cujo atendimento ficaria à mercê da vontade política de governança por meio da implementação facultativa de políticas públicas¹³⁰.

A questão econômica passa a ser o coração dos direitos sociais, entretanto grande parte da doutrina não concorda com a afirmação de que a reserva do possível se tornou elemento dos direitos fundamentais, uma vez que isso deflagra os preceitos constitucionais violando os direitos dos cidadãos, ainda mais sobre o prisma de que o Estado utiliza este argumento para se eximir de sua responsabilidade prestacional.

Importante notar que Nunes rejeita a possibilidade de intervenção judicial na seara dos direitos sociais, portanto a implementação dos mandamentos constitucionais estaria restrita e dependentes da atuação da esfera estatal das políticas públicas, concernentes às atividades típicas desenvolvidas tanto pelos Poderes Legislativos quanto pelo Poder Executivo.

Sarlet relata: O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a Reserva do Possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção estatal e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social¹³¹.

Assim, o cidadão está à mercê da disposição financeira do Estado para realização de seus direitos, mas, em contrapartida, ao menos na teoria, esta afirmação não retira do Estado a responsabilidade de se organizar e promover a vida digna de sua sociedade. Significa dizer de forma mais ponderada que, a efetividade dos direitos sociais depende da soma de dois aspectos, quais sejam, recursos financeiros e uma boa atuação do poder público.

O Estado deve estar voltado a realizar o máximo possível, mas esse máximo será definido pelo próprio ente dentro de seu planejamento. No caso de uma demanda judicial, o Poder Público deve comprovar a insuficiência de recursos e que tal encargo acarretará mais danos do que vantagens, justificando fundamentadamente o motivo para não efetivação do direito social, cabendo ao juiz a decisão mais acertada.

Nesta senda, vale ressaltar que o Judiciário cumpre um papel essencial no

¹³⁰ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 172.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 20, p. 163-206, 1988, p. 191.

plano dos direitos sociais quando violados de alguma forma pelo Estado. Por outro lado, sabemos que o atual texto constitucional elege os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais ao incluí-los no título de garantias e direitos fundamentais. Por isso, tais direitos estão sujeitos à máxima disposta no artigo 5º, §1º da Constituição da República de 1988 que prevê a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais.

E ainda, é visível que a vida digna não pode sucumbir à burocracia, tampouco pode ser medida em planejamento ou calculada a fim de enquadrá-la dentro de uma previsão orçamentária. Assim, haja de ser considerada a visão doutrinária um pouco rugosa de que se não existem recursos financeiros disponíveis suficientes para a promoção destes direitos é o mesmo que torná-los inexistentes, apesar da disposição normativa. De nada adianta a previsão normativa determinando aplicação imediata se no plano fático carecem de efetividade.

Nesse diapasão, Olsen relata sobre a definição da norma a partir do critério disponibilidade e escassez de recursos: A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito; se for possível deduzir a viabilidade prática do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível fazê-lo, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo e, por esta razão, não gozaria de proteção jurídica¹³².

Já a Teoria do Mínimo Vital possui estreita relação com a concretização dos direitos sociais que devem circundar a esfera de desenvolvimento social dos indivíduos, em que cabe ao Estado, o encargo de garantir e promover um mínimo existencial aos indivíduos de sua sociedade, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o Mínimo Vital é associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que este seja decorrente de outros princípios constitucionais, por este motivo, poder-se-á afirmar que deve existir um respeito a um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna, não se admitindo a sua violação, isto é, a sua esfera de proteção sobrepõe-se a qualquer outro interesse, em que se alicerça sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar, que não há uma definição ou um conteúdo específico que

¹³² OLSEN, 2011, p. 188.

seja objeto do Mínimo Vital, mas deslumbra-se nos estudos doutrinários especializados a existência de três direitos básicos que devem permear a sua composição: saúde, educação e moradia.

Destarte, o Mínimo Existencial se relaciona ao conjunto de direitos que cercam o indivíduo dentro da sociedade, em que a potencialização do núcleo mínimo dos direitos à saúde, educação e moradia colaboram de forma determinante na preservação e na manutenção material e digna no desenvolvimento de uma vida saudável e permeada por uma instrução digna de forma equânime dentro de todas as classes que compõem uma dada sociedade. Também garantindo uma vida garantida em uma habitação adequada, que favorecerá na implantação e na possibilidade do ser humano usufruir dos demais direitos fundamentais celebrados e encartados nos textos constitucionais, ou seja, as necessidades mínimas do indivíduo, que só por tê-lo e para preservá-las deve-se observar a cada pessoa para assegurar uma vida digna, saudável e longa.

O mínimo existencial, em essência, visa garantir e oferecer um leque de oportunidades para que todos os indivíduos componentes da sociedade possam se autodeterminar na busca de uma vida digna, isto é, a tríade saúde, educação e moradia fornecem as ferramentas básicas para o desenvolvimento de uma sociedade digna para o enfrentamento das desigualdades sociais. Portanto, a defesa do mínimo existencial repercute diretamente na transposição do princípio constitucional da igualdade formal para o da igualdade material.

Fachin descreve: “A noção de patrimônio, embora sua definição não esteja pacificada, diz respeito a um conjunto de direitos, relações ou bens que sejam aferíveis em pecúnia, ou seja, tenham valor de troca”¹³³.

A doutrina majoritária brasileira entende que em torno da dignidade humana gravitam os direitos fundamentais e afirmam que o mínimo existencial seria o núcleo da dignidade humana, sendo um núcleo intangível, que só se efetiva tendo bens materiais mínimos aos indivíduos. A Constituição da República de 1988 inspirou-se nas teorizações alemãs quanto à teoria reserva do possível, as discussões da garantia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, pretendendo concretizar o princípio da dignidade humana.

Nunes Júnior cita, a título de exemplos, as disposições constitucionais que

¹³³ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

evidenciam a adoção do mínimo existencial: primeiro, a indicação da cidadania como fundamento do Estado (art. 1º, III); segundo, a previsão da erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais como objetivo do Estado (art. 3º, III); terceiro, a identificação de que nossa ordem econômica, calcada na propriedade privada e na livre iniciativa, deve ter por objetivo propiciar dignidade a todos, segundo os ditames da justiça social¹³⁴.

Nesse contexto, a doutrina entende que o Estado Democrático brasileiro está orientado a realizar o mínimo vital dos direitos dos cidadãos, e que este vem se consolidando em nosso ordenamento, revelando-se de grande utilidade, uma vez que os direitos sociais são carentes de determinação.

Importa ressaltar que o Brasil adota a teoria relativa do núcleo essencial que advém da teoria subjetiva do conteúdo essencial. No caso da teoria subjetiva, o direito fundamental é relacionado e analisado quanto ao seu titular, diferentemente do que dispõe a teoria objetiva, compreendendo toda a sociedade. Partindo da teoria subjetiva, temos a teoria relativa do núcleo essencial, bem como, a teoria absoluta.

Com a adoção da teoria relativa do núcleo essencial que, segundo Olsen “prega” que o núcleo essencial de um direito fundamental é aquele resultante de uma preponderação pela proporcionalidade” deslumbra-se, assim, sua relação direta com o princípio da proporcionalidade que expõe duas funções insculpidas dentro do mínimo vital, quais sejam: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e critério para solução de conflitos constitucionais. Ressalta-se que, como critério de solução de conflitos, a proporcionalidade deve ser compreendida como proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente.

Virgílio Afonso da Silva, esclarece que a utilização da proporcionalidade consiste em prática desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão: A integração mediante a migração de critérios interpretativos. Há muito tempo, a ideia de proporcionalidade (com seus testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) tem sido um critério adotado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Mas essa ideia - esse critério interpretativo - migrou para outros países e outros tribunais nacionais. O exemplo inglês talvez seja o mais emblemático. Durante décadas, os tribunais ingleses aplicaram o critério da irrazoabilidade, desenvolvido na decisão *Wednesbury*, de 1948. Nos últimos anos, contudo, cada vez mais a

¹³⁴ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 71.

proporcionalidade tem sido aplicada também pelos juízes ingleses. A migração, nesse caso, foi indireta, já que intermediada pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos¹³⁵.

A proporcionalidade primeiro migrou da Alemanha para a Corte Europeia e, após a entrada em vigor do *Human Rights Act* na Inglaterra, continuou seu caminho em direção à jurisprudência dos tribunais ingleses. Se é possível afirmar que, em uma dada região, quanto mais os tribunais constitucionais empregam os mesmos critérios interpretativos, maior será a integração jurídica entre eles. Então, a migração de ideias constitucionais pode ter um papel importantíssimo na integração jurídica dessa região, porque, mesmo que não haja muita legislação comum ou instituições comuns, os tribunais (e os ordenamentos jurídicos como um todo) aproximam-se por meio de uma aproximação no discurso jurídico. Portanto, parece ser possível afirmar que isso é integração, uma integração por meio daquilo que alguns autores chamam de "discurso entre tribunais", ou seja, de uma "conversação ou um diálogo entre tribunais"¹³⁶.

Olsen disserta sobre a adoção da teoria relativa do núcleo essencial como consistindo na intervenção do núcleo essencial do direito fundamental que se justifica em virtude da dimensão de peso dos princípios jusfundamentais em conflito, isto é, em um determinado caso concreto, o núcleo essencial pode estar totalmente protegido, em outros, pode sofrer uma série de mitigações em virtude do peso do outro princípio, podendo, inclusive, restar-se praticamente anulado. É certo que, em se tratando de direitos fundamentais, será necessário que o fundamento para a ocorrência de medidas interventivas no núcleo essencial obedeça a critérios permeados pela racionalidade¹³⁷.

Enfatiza-se, assim, que a teoria subjetiva do âmbito do núcleo essencial relaciona-se diretamente com situação fática concreta e com a determinação do peso dos demais princípios, isto é, a definição do núcleo essencial está diametralmente subordinado à determinação do peso que os princípios relacionados e selecionados apresentaram, de forma específica, a luz da situação concreta que a circunda, de maneira que a sua abrangência se congregue de modo a ser mais ou menos elástica,

¹³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530, p. 522.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 522.

¹³⁷ OLSEN, 2011, p. 150.

a depender da realidade fática.

Impõe destacar que a garantia do núcleo essencial surgiu na Alemanha em um momento na qual a Constituição local não previa o controle de constitucionalidade, de modo que o Brasil importou essa teoria procurando identificá-la com o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que é previsto expressamente na Constituição da República de 1988 os meios de controle de constitucionalidade.

Com efeito, a adoção da teoria do mínimo vital representa para o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a falta de determinação das normas de direitos sociais, constituindo um mecanismo indispensável para efetivação dos direitos fundamentais sociais, garantindo aceitação e também a sua limitação com aplicação conjunta do princípio da proporcionalidade.

A Teoria da Reserva do Possível dispõe sobre a necessidade de recursos financeiros disponíveis e aprovados por lei orçamentária para efetivação dos direitos sociais, e em contrapartida, a Teoria do Mínimo Vital institui um núcleo intangível de direitos sociais básicos e necessários para a sobrevivência do indivíduo.

Antes de relativizar a teoria da reserva do possível com o mínimo vital, é necessário lembrar a relação deste último com os direitos sociais. Todos dos direitos sociais estão voltados à concretização da dignidade da pessoa humana, ou melhor, os direitos sociais conferem materialidade ao princípio da dignidade da pessoa humana e diante da dificuldade de exercício dos direitos sociais, procura-se proteger o chamado núcleo essencial dos direitos como uma porcentagem essencial do direito, sem a qual o cidadão não vive dignamente.

Olsen define que o núcleo essencial corresponde à porção característica do direito oriunda da ponderação de princípios, interesses e bens jurídicos em conflito, a partir do postulado da proporcionalidade. Este núcleo pode ser identificado através de uma extensa carga argumentativa, que obriga o intérprete e o legislador a apresentar racionalmente a identificação de um núcleo intangível do direito fundamental social para determinado caso concreto¹³⁸.

É bem verdade que o poder público, antes de instituir qualquer benefício ou serviço, planeja a forma de custeio dos mesmos, e se existem fontes para custeá-los. Nesse sentido, é certo que, de alguma forma, já existe uma certa restrição aos direitos, mas, de todo modo, a Teoria da Reserva do Possível não pode ser apresentada como

¹³⁸ OLSEN, 2011, p. 319.

um obstáculo à realização do Mínimo Existencial, uma vez que a prevalência da segurança orçamentária não pode afetar de forma crucial o mínimo para o ser humano sobreviver.

Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira subsistência; também a ponderação tem limites. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.

Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estará se estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deverá investir. A garantia de um mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a Reserva do Possível.

Nunes Junior¹³⁹ discorre sobre a aplicação da Teoria da Reserva do Possível sobre a observância de três requisitos: primeiro, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica etc.); segundo, de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado e, terceiro, a avaliação de razoabilidade da demanda.

É importante frisar que o Estado deve, necessariamente, atender ao princípio da eficiência em toda prestação de serviço, buscando alcançar assim o melhor resultado possível realizado de forma célere, almejando a perfeição e saldos positivos, coibindo o desperdício de dinheiro, a indolência e a falta de qualidade.

Coelho aponta a ineficiência no cumprimento das políticas estabelecidas como motivo para judicialização dos direitos sociais, principalmente no direito à saúde: Após ouvir os depoimentos prestados em Audiência Pública por representantes dos diversos setores envolvidos com a questão, restou clara a necessidade de redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito

¹³⁹ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 175.

à saúde, mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas¹⁴⁰.

É inegável admitir que os próprios poderes do Estado se confrontam nos seus objetivos, uma vez que o Judiciário determina, de forma clara, os direitos a serem cumpridos pelo legislativo e executivo, enquanto estes se recusam ao cumprimento das determinações de maneira procrastinatória.

De outra banda, é inegável que não só os direitos sociais são consolidados pela Constituição da República de 1988, sendo pacífico o seu atendimento nas decisões do colegiado, como também está sedimentado nas jurisprudências o mínimo existencial de maneira a ser inaceitável o retrocesso.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é pacífico quando se trata de direitos sociais e do mínimo existencial:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a esta assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais

¹⁴⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 835.

inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "Reserva do Possível". Doutrina [...] ¹⁴¹.

Nesse sentido, quando se tratar de direitos sociais e do mínimo existencial já consubstanciado no ordenamento brasileiro, não cabe à administração pública optar por realizá-lo ou não, inexistente o critério de escolha, a atitude correta e pertinente é implantá-los imediatamente quando suscitados.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se repete uniformemente para todos os direitos sociais previstos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente¹⁴².

Nesse ponto, é importante acrescentar que a doutrina vem entendendo pela permissão da não realização dos direitos sociais em situações excepcionais, vale frisar a expressão excepcional, uma vez que seriam somente em casos de extrema necessidade, urgência e impossibilidade da consecução dos direitos sociais.

Por sua vez, tal apontamento doutrinário não é pacífico no ordenamento jurídico, existindo o entendimento doutrinário que, em se tratando de direitos sociais, mesmo em situações excepcionais, a implementação deve ser imediata, em fiel cumprimento à Constituição da República de 1988.

Portanto, a Teoria da Reserva do Possível dispõe sobre a necessidade de recursos financeiros disponíveis e aprovados por lei orçamentária para efetivação dos

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715-SP**. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso Mello, 22 de novembro de 2005.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768-DF**. Requerente: Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos. Requerido: Presidente da República e outros. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 19 de setembro de 2007.

direitos sociais, e em contrapartida, a Teoria do Mínimo Vital institui um núcleo intangível de direitos sociais básicos e necessários à sobrevivência do indivíduo. Antes de relativizar a teoria da reserva do possível com o mínimo vital, é necessário lembrar a relação deste último com os direitos sociais.

Todos os direitos sociais estão voltados a concretização da dignidade da pessoa humana, ou melhor, os direitos sociais conferem materialidade ao princípio da dignidade da pessoa humana e diante da dificuldade de exercício dos direitos sociais, procura-se proteger o chamado núcleo essencial dos direitos como uma porcentagem essencial do direito, sem a qual o cidadão não vive dignamente.

Entretanto, em alguns direitos sociais o núcleo essencial é notável, enquanto em outros é mais difícil de ser identificado, como no caso do direito fundamental à participação nos lucros do empregador.

Voltando à relação entre mínimo existencial e a teoria da reserva do possível têm-se que a noção de núcleo essencial é um aspecto muito importante no momento de avaliar os direitos sociais e a teoria da reserva do possível.

Olsen define núcleo essencial: O núcleo essencial constitui-se de um conjunto de características que congregam as principais especificidades de um determinado direito. Esse conjunto é identificado a partir da ponderação de princípios, interesses e bens jurídicos com base no primado proporcional. Esse núcleo pode ser definido por meio de um amplo debate para que intérpretes e legisladores para que possam razoavelmente apresentar a identificação de um núcleo intangível de direitos sociais básicos para os casos específicos¹⁴³.

É bem verdade que o poder público, antes de instituir qualquer benefício ou serviço, planeja a forma de custeio dos mesmos, e se existem fontes para custeá-los. Nesse sentido, é certo que de alguma forma já existe uma certa restrição aos direitos, mas de todo modo, a teoria da reserva do possível não pode se apresentar como um obstáculo à realização do mínimo existencial, uma vez que a prevalência da segurança orçamentária não pode afetar de forma crucial o mínimo para o ser humano sobreviver.

Nunes Júnior discorre sobre a aplicação da Teoria da Reserva do Possível sobre a observância de três requisitos: O limite, traduzido pela Teoria da Reserva do Possível, tem, mesmo em sua origem, o declinado caráter contingente, só sendo

¹⁴³ OLSEN, 2011, p. 319.

aplicável diante de certas condições: primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica etc.); segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda¹⁴⁴.

Segundo a Teoria da Reserva do Possível deve observar certos pontos essenciais antes de sua aplicação, observando os direitos consubstanciados na teoria do mínimo vital, e por fim, a possibilidade de orçamento para realização de outros direitos sociais. De qualquer forma, vislumbra-se que o mínimo existencial é um importante mecanismo jurídico funcionando como protetor da vida digna do ser humano e como um instrumento de repressão ao mau uso da teoria da reserva do possível.

Já o princípio da proibição do retrocesso social consiste em uma construção da doutrina alemã, que importa inicialmente apontar que a efetividade do direito social está vinculada a um comportamento positivo do poder público em obediência aos ditames do texto constitucional, voltado à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a prestação de um direito social demanda recursos públicos, sendo tal encargo responsabilidade do Poder Público.

Marcelo Casseb Continentino, explica que o princípio da proibição de retrocesso social possui a sua origem na doutrina alemã, no período em que a Alemanha enfrentava grandes dificuldades econômicas, especialmente agravada pelo agigantamento do Estado Social no decorrer da década de 1970, o que repercutiu decisivamente na discussão sobre a legitimidade da restrição e/ou supressão dos benefícios sociais assegurados aos cidadãos. O debate sobre a possibilidade de restrição ou mesmo supressão dos deveres sociais estatais frente a sociedade alemã foi intensificado, essencialmente pelo motivo dos direitos sociais não possuírem previsão constitucional, isto é, não estão elencados expressamente na Lei de Bonn, diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos. A garantia e a promoção dos direitos sociais na Alemanha fundamentam-se no princípio do Estado Social que possui previsão na Lei de Bonn, aliado a produção infraconstitucional que cria, regulamenta e conduz o exercício dos benefícios sociais em prol do desenvolvimento socioeconômico da sociedade¹⁴⁵.

¹⁴⁴ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 175.

¹⁴⁵ CONTINENTINO, Marcelo. Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, 11 abr. 2015.

No Brasil, os direitos sociais possuem expressa previsão constitucional, dentro do título referente aos direitos fundamentais, o que atrai o regime aplicado aos direitos fundamentais clássicos. Portanto, os direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro são dotados de resistência frente às investidas do Poder Legislativo quanto à reversibilidade de leis concessivas de benefícios sociais. Por outro lado, aponta Continentino, o debate sobre a vedação do retrocesso social necessita transcender a exclusividade da arena acadêmica, para ingressar nos campos judiciais em que são travadas as discussões sobre a legitimidade das restrições e/ou supressões que venham atingir os avanços conquistados na seara da implementação dos direitos sociais. No Brasil o Supremo Tribunal Federal posicionou-se definitivamente sobre a existência e o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social, sobretudo por conta das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.246 e 5.230¹⁴⁶.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal trabalhou a vedação do retrocesso social na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105 (rel. Min. Cezar Peluso, j. 18/08/2004), considerou constitucional a Emenda 41, que autorizou a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos, o ministro Celso de Mello analisou o âmbito de incidência do princípio da proibição de retrocesso, e fundamentado nele votou pela inconstitucionalidade da tributação: a conquista de não mais contribuir para o regime previdenciário com o ato de aposentação não poderia ser cumprida para obrigar os aposentados e pensionistas. Mas foi com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.246 e 5.230, conforme acima exposto, que a proibição de retrocesso social figurou como argumento central. Em ambas as ações os requerentes fundamentaram a pretensão de inconstitucionalidade nesse princípio e se apoiaram no voto do ministro Celso de Mello proferido na Ação de Inconstitucionalidade 3.105¹⁴⁷.

O autor explica que o argumento comparativista utilizado pelo ministro Celso de Mello parece não se justificar mais nos dias atuais, seja porque a doutrina do Professor Gomes Canotilho referendada no argumento de inconstitucionalidade, alterou-se de posição em relação à eficácia normativa do princípio de proibição de retrocesso social, seja porque também mudou de orientação o Tribunal Constitucional de Portugal frente à grave crise econômica e financeira enfrentada em Portugal nos anos de 2010 e 2011. O Tribunal Constitucional de Portugal, ao desenvolver a denominada

¹⁴⁶ CONTINENTINO, 2015, p. 4.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 4.

“jurisprudência da crise”, evoluiu substancialmente em seus julgados, de forma que vem com certa cautela tolerando restrições a benefícios conquistados anteriormente em face da crise econômica e financeira¹⁴⁸.

A crise econômica e social que atingiu Portugal acirrou e trouxe à tona os debates sobre o tema dos direitos sociais. No acórdão n. 474/02 o Tribunal Constitucional Português declarou inconstitucional a omissão de medidas legislativas necessárias à exequibilidade da garantia constitucional da assistência material à generalidade dos trabalhadores da administração pública em situação de desemprego involuntário (art. 59, n. 1, e, da Constituição Portuguesa). Já no acórdão n. 39/84 considerou inconstitucional o diploma que revogava parte substancial da lei do Serviço Nacional de Saúde, o Tribunal trabalhou com a teoria da proibição de retrocesso social, contudo explicitando que existem normas constitucionais de natureza programáticas e normas constitucionais imediatamente exigíveis, e estabelecendo que quando o parâmetro de constitucionalidade recair sobre norma constitucional imediatamente exigível, o Tribunal fixou que a lei nova não pode retroceder em relação à lei anterior¹⁴⁹.

Registra o autor que apesar do Tribunal Constitucional de Portugal ter fixado tal entendimento, acabou por adotar uma postura de condescendência com as políticas de austeridade promovida pelo Governo Português, como ocorreu nos acórdãos n. 330/89 e n. 148/94¹⁵⁰.

Novaes trabalha com a tese dos direitos como trunfos que implica que para o Estado violar valores constitucionais centrais faz-se necessário ter a seu favor valores ainda mais relevantes. Essa tese opera-se dentro da noção de ponderação, isto é, os direitos não podem ser tidos como absolutos, tendo em vista que se exige que uma certa quantia em dinheiro público seja entregue a tempo para que as autoridades sejam capazes de garanti-los. Os limites financeiros por si só excluem a possibilidade de todos os direitos básicos sejam garantidos com o mesmo vigor e ao mesmo tempo. E os gastos serão determinados por considerações políticas. Embora a conceituação dos direitos como algo absoluto seja teoricamente incorreta, no entanto, produz um importante efeito psicológico e retórico (chama a atenção para os cidadãos e seus representantes para que tratem com atenção e respeito esses direitos). Todavia, o

¹⁴⁸ CONTINENTINO, 2015, p. 5.

¹⁴⁹ NOVAES, 2015. p. 191-192.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 193.

exagera pode fazer com que alguns direitos sejam superprotegidos em detrimento de outros, e sendo a atenção política um recurso escasso, quanto mais tempo as autoridades se dedicarem a um determinado direito, menos tempo dedicarão aos demais¹⁵¹.

Conclui o autor, que além dos custos há também a questão do inadequado uso do direito que torna os direitos passíveis de limitação, inclusive os direitos constitucionais. Os direitos precisam ser limitados para impedir que sejam explorados para fins injustos ou abusivos, isto é, os direitos nunca se qualificam como inegociáveis quando o suposto violador apresenta fundamentos legítimos e suficientemente importantes para não os observar. Portanto, um direito constitucional deve prevalecer quando não se conseguem encontrar justificativas aceitáveis pelo Poder Público ou pelo judiciário para que tal direito sofra restrição¹⁵².

Salienta-se que a efetividade do direito social está vinculada a um comportamento positivo do poder público, voltado à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a prestação de um direito social demanda recursos públicos, sendo tal encargo responsabilidade do Poder Público. Só que além de todos os aspectos que devem se atentar quando se trata de direitos sociais, nestes inclusos a teoria da reserva do possível, a proteção do “núcleo essencial”, a escassez de recursos do poder público, deve-se também obediência ao princípio da vedação ao retrocesso social, que visa impedir a atuação do legislador de modo a destituir de maneira prejudicial àquilo já sedimentado no ordenamento, ou seja, transformar uma previsão normativa de modo que seu conteúdo perca os benefícios já sedimentados pela antiga redação.

Em consequência desse princípio, uma vez reconhecido pelo Estado determinado direito social, este é obrigado a mantê-lo e preservá-lo sob pena de violação aos avanços conquistados, bem como, de transmitir a sua sociedade uma imagem de insegurança jurídica.

Em palavras mais simples, o princípio da Proibição do Retrocesso Social seria um garantidor ou uma segurança de que as conquistas obtidas no campo jurídico serão preservadas, conferindo assim estabilidade e proteção aos direitos contra as ações estatais.

Cumprе esclarecer que um direito social poderá ser alterado, desde que seja

¹⁵¹ NOVAES, 2015, p. 168.

¹⁵² *Ibid.*, p. 169.

para beneficiar os cidadãos, ou seja, desde que tal direito venha acrescentar à vida humana. Desse modo, o princípio da vedação ao retrocesso social é um aliado do cidadão, resguardando os direitos adquiridos no decorrer do tempo e que lhe garantem benefícios, motivo pelo qual, não podem regredir.

Sarlet leciona: deve-se ter em perspectiva que as prestações estatais básicas destinadas a promover e tutelar uma vida digna para todos constitui-se nos parâmetros necessários para a justiciabilidade dos direitos às prestações sociais, pois compreendem-se como direitos subjetivos definitivos que prevalecem inclusive sobre outros princípios constitucionais como o princípio da Reserva do Possível. Portanto, este conjunto de prestações básicas não pode ser suprimido ou reduzido abaixo do seu conteúdo na dignidade da pessoa, nem sequer salvaguardando os direitos adquiridos, uma vez que afeta o núcleo material da dignidade da pessoa continuará sempre a ser um atentado injustificável do valor máximo da ordem jurídica e social¹⁵³.

Ademais, no âmbito da proibição do retrocesso social temos implícito o princípio da segurança jurídica, importante instrumento que denota autenticidade ao Estado Democrático de Direito, onde a sociedade exerce sua cidadania de forma estável, sem surpresas na atuação da administração pública que resultem em prejuízo para a própria sociedade.

Para a doutrina, a segurança jurídica é consagrada como direito fundamental da ordem jurídica estatal. Além disso, a segurança é um anseio da sociedade diante das instabilidades e incertezas transmitidas pela maneira que atua a administração pública.

Sarlet tece explanações sobre a segurança jurídica no âmbito da proibição do retrocesso social: Para além do exposto e tendo em conta que a dignidade da pessoa humana e a correlatada noção de mínimo existencial, a despeito de sua transcendental e decisiva relevância, não são os únicos critérios a ser considerados no âmbito da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, importa relembrar as noções de segurança jurídica e proteção da confiança. Assim, mesmo que não se pretenda desenvolver esses aspectos – é, certo que, também, na esfera da proibição de retrocesso social tal como versada, a noção de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual. Como efeito, a partir do princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais e o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Revista Direito Público**, v. 1, n. 2, p. 5-35, 2010, p. 32.

de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade¹⁵⁴.

Assim, é inquestionável a importante relação entre a segurança jurídica, aliada ao princípio da proibição do retrocesso social e os direitos sociais, transmitindo certo grau de proteção a esses direitos contra a má gerência e as insuficiências do administrador público.

Canotilho leciona sobre a proibição do retrocesso no que tange a teoria do núcleo essencial dos direitos: O núcleo essencial dos direitos sociais concretizados e efetivados pelo legislador encontra-se constitucionalmente assegurado contra intervenções estatais que, na prática possam conduzir à anulação, revogação ou total aniquilação desse núcleo essencial, de modo que a liberdade de conformação e a inerente auto reversibilidade encontra seu limite no núcleo essencial já realizado. Assim, caso determinado direito social tenha sido concretizado em legislação ordinária, ainda que com efeitos meramente prospectivos, o legislador não poderá retroceder e por supressão ou mesmo relativização no sentido de limitação afetar a base em que o direito se apoia como essencial de um determinado direito social constitucionalmente garantido¹⁵⁵.

Observa-se, portanto, que a proibição do retrocesso não se aplica tão somente às medidas retroativas, mas também aos atos prospectivos, ou seja, de efeito futuro. Ressalta-se, que é possível pleitear a inconstitucionalidade de medidas que invadam o núcleo essencial de um direito. Importando lembrar que o mínimo existencial se encontra condicionado a suas características, variando de acordo com a natureza do direito pleiteado, podendo direcionar-se à moradia, saúde, assistência social, trabalho etc.

Por isso que, mesmo com a incidência da teoria da reserva do possível, certos fatores, como o mínimo existencial, não podem ser negligenciados. Sarlet descreve sobre a função limitadora e ao mesmo tempo protetora, que o mínimo existencial exerce, em que no âmbito da garantia do mínimo existencial, existe um direito subjetivo definitivo às vantagens que lhe são inerentes, ou seja, qualquer obstáculo financeiro e orçamental deve ser cedido ou removido, mesmo que seja necessário

¹⁵⁴ SARLET, 2010, p. 3.

¹⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coords.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 97.

realizar uma redistribuição de recursos para a definição de prioridades ou mesmo implemento de outras medidas assecuratória, para que não venha comprometer, nem subtrair ou esvaziar a um nível abaixo do exigido como mínimo existencial, da já conquistada materialização dos direitos sociais¹⁵⁶.

Com efeito, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana funcionam tanto como fundamentos para coibir a ineficiência e a aplicação desmedida da teoria da reserva do possível, bem como, se revelam guardiões da dignidade, pois são uma espécie de marco a ser respeitado pelas medidas restritivas.

Nesse contexto, embora a alegação da falta de recursos para prestação de um serviço público seja uma fundamentação para justificar uma medida restritiva, não servirá para justificar a intervenção do núcleo essencial de um direito social, ainda mais quando tal exigência convier para a concretude da dignidade humana.

Com efeito, se o mínimo existencial é aquilo que o Estado, em todo o caso, deve assegurar positivamente, também é aquilo que o Estado deve respeitar por força de um dever de não intervenção¹⁵⁷.

Nesse ponto, embora tente se justificar a falta de atendimento de um direito social em vista de outras demandas de cunho social, não convence, especialmente quando ficar apontado à falta de planejamento e gestão ineficiente do poder público, o que não se confunde com a situação supressão de um direito social em razão de outro em casos excepcionais.

Em face do exposto, importa afirmar que violar o núcleo essencial de um direito implica na violação da dignidade da pessoa humana, uma vez que o núcleo essencial é o mínimo a ser protegido, e por esta razão que essa violação será sempre vista como desproporcional e considerada inconstitucional.

O debate que se impõe consiste em como estabelecer a concretude do princípio do mínimo existencial e, especificadamente dentro do tema da dissertação reverbera-se na proposição o que significa mínimo existencial quando estar-se-á diante de medicamentos que mesmo de valores acentuados podem preservar a vida humana ou reduzir o sofrimento dos indivíduos acometidos por patologias graves.

Salienta Sarlet que “o princípio da proibição do retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade do ordenamento jurídico [...]”. Assim, o retrocesso que prejudica a sociedade também atinge e prejudica

¹⁵⁶ SARLET, 2009, p. 102.

¹⁵⁷ SARLET, 2010, p. 2.

o ordenamento atual¹⁵⁸.

Desse modo, volta-se a frisar a importância do princípio da proibição ao retrocesso social como instrumento combatente às medidas do Poder Público que venham reduzir os direitos de modo a ofender a dignidade da pessoa humana e as esferas já concretizadas nesta matéria.

Pelas razões descritas, pode-se afirmar que o princípio da proibição do retrocesso social é uma conquista que assegura, especialmente no cenário de uma administração ineficiente, a proteção dos direitos sociais contra sua supressão pelo poder público, seja por má administração, seja por interesse e conveniência dos próprios (maus) administradores. Isso porque, no patamar dos direitos sociais não cabe agir com discricionariedade, só restando obediência ao comando da lei e aos princípios que, nesse plano, são de grande relevância em todos seus aspectos.

Desse contexto todo, emergem discussões doutrinárias fundamentadas no princípio da dignidade humana, no princípio do mínimo vital, na teoria da reserva do possível e ainda no princípio da separação dos poderes, ou seja, é evidente a complexidade do assunto, norteador de correntes doutrinárias a fim de explicar, criticar ou apontar atos do poder público que corrompem nossa Constituição da República de 1988.

Conclui-se, com o presente capítulo, que os direitos fundamentais sociais ocupam uma posição de supremacia dentro de nosso ordenamento jurídico, concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução das desigualdades, permitindo meios para que a sociedade alcance a igualdade material concretizando o almejado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O disposto no artigo 6º da do texto constitucional é uma normatização que não deflagra meros programas e, sim, consubstancia direitos de suma importância para vida humana. Portanto, se enquadra às normas de direitos sociais como fundamentais dentro do ordenamento jurídico, a Constituição da República de 1988 outorgou aos direitos fundamentais máxima eficácia e aplicação direta de modo a protegê-los, isto é, qualquer outra definição não se enquadra a esta classe de direitos. Além do mais, o conteúdo dessas normas justifica a sua supremacia, apesar de alguns casos concretos exigirem ponderação em sua aplicação, não significa que sejam programáticas.

¹⁵⁸ SARLET, 2009, p. 106.

Não obstante a isso, ainda a fim de demonstrar a supremacia dos direitos fundamentais sociais, se o poder constituinte pretendesse a abolição desses direitos, não seria possível, pois o próprio texto constitucional, em seu artigo 60, §4º inteligentemente os protegeu de qualquer regresso e prejuízo às conquistas jurídicas. E, aliado a esse anseio, está o princípio da proibição do retrocesso social que também atua como importante ferramenta protetora, a qual obriga o Estado a preservar as conquistas no campo jurídico sob pena de violação à Constituição da República de 1988.

O entendimento atual que o Judiciário vem adotando para equacionar a relação *direitos sociais x reserva do possível*, com ênfase no confronto entre a disponibilidade de recursos públicos e as necessidades básicas de sobrevivência da sociedade, reconhece que a prestação de um direito fundamental social enseja gastos públicos, ou seja, a sua demanda necessita de previsão orçamentária que determine recursos públicos disponíveis para sua realização, mas ao mesmo tempo e de maior relevância, a sua realização concretiza os anseios do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, primeiramente, teremos uma previsão constitucional que assegura aos cidadãos uma atuação positiva do Estado a fim de prestar e manter a vida digna de sua sociedade, sendo ainda previsto no mesmo corpo jurídico que essa prestação de serviço se dará de forma imediata.

Em contrapartida à previsão constitucional, a doutrina brasileira implantou no ordenamento pátrio a Teoria da Reserva do Possível importada da doutrina alemã, em que o poder público reserva para si a prestação daquilo que lhe cabe em seu orçamento, uma vez que os direitos sociais são infinitos e os recursos financeiros são finitos.

Nesse cenário, o presente capítulo buscou equacionar ambos os aspectos a fim de que, tanto os direitos fundamentais sociais, incluído nesse contexto o núcleo essencial de cada direito, quanto a teoria da reserva do possível, possam viver harmoniosamente no ordenamento jurídico buscando concretizar assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

No próximo capítulo, aborda-se diretamente a questão do direito ao acesso aos medicamentos de alto custo como reflexo do direito da personalidade a uma vida digna, com base nas premissas construídas nesta pesquisa.

Convém ressaltar, que não se trata a pesquisa de traçar questionamentos sobre a política pública de medicamentos disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde

(SUS) e, se ela atende de forma eficaz a sociedade brasileira. Mas sim, debater sobre que medida o Estado deve atuar na preservação da vida humana e garantir o acesso aos medicamentos, mesmo que fora da lista de disponibilização do SUS. E o cerne do debate será em torno do embate entre o princípio da dignidade da pessoa humana e suas relações com os princípios constitucionais.

4 DA CONSTRUÇÃO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DO SER HUMANO E A FUNÇÃO SOCIAL DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

4.1 O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE E A CONSTRUÇÃO DE UMA PROTEÇÃO INTEGRAL DO SER HUMANO

A dignidade da pessoa humana constitui o próprio ser humano em concreto, isto é, trata-se do ser humano em uma relação que denota a abdicação de toda e qualquer possibilidade de utilização como mero meio para alcançar os fins de uma sociedade. Portanto, os ideais humanísticos referentes à existência de cada ser humano como um ser único e singular juntamente com os valores impressos pelo iluminismo se confrontam diante das pretensões de caráter absolutista, independentemente se tais reclames com caráter absolutos decorram do Estado, de um grupo ou mesmo de um indivíduo. Importa observar que a garantia fornecida pelos direitos da personalidade surge com implemento do princípio da dignidade da pessoa humana com vetor orientador do sistema jurídico pós consolidação do Estado Constitucional de Direito, contudo, não significa que todo o Direito esteja submetido às suas exigências máximas, mas, sim, que o Direito deve ser compreendido fundamentalmente sob a sua validade total. Aplicação casuística no caso concreto de sua violação pode tornar mais transparente o significado da dignidade¹⁵⁹.

A proteção conferida pela dignidade da pessoa humana consiste no ponto inicial definitivo para a construção de uma ponte de transferência das normas contidas no texto constitucional como fundamentais, que atuam sobre a própria existência humana para orientar as relações legais privadas. A proteção da dignidade nas relações entre particulares se concretiza no dever estatal em preservar o núcleo duro da pessoa humana, se manifestando na garantia imposta pelo Estado, por meio de normas de proibição e punição que podem adotar a forma jurídico-penal, jurídico-civil ou jurídico-administrativa¹⁶⁰.

Com a consolidação do Estado Constitucional de Direito e a centralidade nos ordenamentos jurídicos com a afirmação da dignidade da pessoa humana como vetor preponderante, visualiza-se um movimento de ampliação dos direitos fundamentais, de distribuição constitucional da competência legislativa em matéria

¹⁵⁹ STARCK, 2021, p. 38.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 42.

privada e a criação de uma jurisdição constitucional. Esses fatores contribuíram para reduzir as fronteiras entre direito público e direito privado, ou seja, forneceram um campo fértil para o desenvolvimento da constitucionalização do direito civil. Alguns direitos fundamentais, como o direito à herança e o direito à constituição de família, estiveram anteriormente confinados ao domínio civil. E, com a força constitucional, as normas constitucionais têm figurado a dignidade da pessoa humana como uma força que deve estar inerente ao sistema de condicionantes de valores de todas as áreas do direito¹⁶¹.

Dessa forma, a força normativa constitucional passou a obrigar não só os governantes, mas também legisladores, juízes e cidadãos, a exercerem sua liberdade e autonomia de acordo com os valores eleitos pelo texto constitucional. Consequentemente, nenhuma disposição normativa de ordem civil pode ser confrontada com normas constitucionais ou mesmo sofrer uma interpretação dissonante dos seus fundamentos.

Além disso, a discussão sobre o direito ao desenvolvimento pessoal ganhou importância dentro do ordenamento jurídico. Em matéria de direito civil, o sujeito de direito recebeu os valores que emanam dos direitos fundamentais, em especial dos princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, e a concretização da tutela universal através da cláusula geral para a proteção dos direitos da personalidade. Ao mesmo tempo que resultou na ampliação da esfera de proteção dos indivíduos, também atraiu severas críticas da doutrina daqueles que temiam o declínio do direito civil¹⁶².

Fermentão argumenta que os direitos da personalidade são essenciais, necessários e inseparáveis da maioria dos bens jurídicos que informam a personalidade humana física e moral, como a vida, o corpo, a liberdade e a honra. A pessoa como ser capaz de manifestações interiores, necessita de proteção adequada para garantir sua existência e o pleno desenvolvimento físico e moral de sua personalidade. A autora observa que existem certos direitos sem os quais a personalidade permaneceria completamente irrealizável, desprovida de todo valor concreto, isto é, direitos sem os quais outros direitos restariam comprometidos na função de promover o pleno desenvolvimento do ser humano, consequentemente

¹⁶¹ MENEZES, Joyceane. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018, p. 3.

¹⁶² *Ibid.*, p. 4.

a ausência deles repercute diretamente na pessoa humana. São os chamados direitos essenciais, com os quais se reconhecem os direitos da personalidade¹⁶³.

Vale ressaltar que, quando se trabalha com direitos que integram o campo da essencialidade como os direitos da personalidade, eles apresentam a característica de que não são auferidos economicamente porque não têm impacto financeiro aparente, a não ser a título de indenização diante de sua violação. Portanto, são necessários para proteger a dignidade humana e, se forem privados, as pessoas não podem elevar-se fisicamente, moralmente e socialmente diante da sociedade da qual participam. A essência dos direitos da personalidade reside na avaliação desses direitos na vida de uma pessoa, ou seja, como essenciais; então eles são necessários e cruciais para o desenvolvimento humano¹⁶⁴.

Com efeito, constituem-se como direitos essenciais na medida em que fornecem as possibilidades para que o indivíduo se desenvolva e tenha a real dimensão de sua dignidade sobre si mesmo. Em outras palavras, são os direitos inerentes à pessoa enquanto ser humano, considerando em si mesmo todas as suas possibilidades de desenvolvimento de suas projeções no seu relacionamento com a sociedade e com o seu próprio íntimo do ser.

São direitos que surgem a partir do nascimento com vida, para só se extinguirem com a morte, valendo ressaltar que alguns deles são protegidos, até mesmo após a morte de seu titular, como ocorre com o direito autoral. Trata-se de direitos que congregam caracteres que se manifestam como pessoais, absolutos, imprescritíveis, irrenunciáveis, intransmissíveis (decorrente dessa característica constituem-se como direitos impenhoráveis e inalienáveis) e inatos. A legislação ordinária brasileira não apresenta, de forma expressa, a conceituação de direitos da personalidade, resta aos operadores do Direito esta elucidação gerando uma diversidade de conceitos. Da análise dos diferentes conceitos apresentados pela doutrina, nota-se a preocupação em se estabelecer um conceito aberto e chega-se a falar em uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, no intuito de garantir a efetividade dessa proteção, frente à sua constante evolução. As cláusulas gerais têm a função de fornecer um debate amplo na atuação dentro do

¹⁶³ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006, p. 264.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 264.

ordenamento jurídico, prolongando sua vida útil, criando aberturas para o mundo extrajurídico, ou seja, ausentes de normatividade expressa¹⁶⁵.

Para se compreender o direito geral da personalidade, faz necessário compreender que, restringir a uma categoria que resulte na tipificação dos direitos da personalidade, limita a proteção do ser humano em relação aos aspectos expressamente regulados pela norma e a proteção do todo, indistintamente, estaria comprometida e vulnerável diante das mutáveis relações sociais contemporâneas. A enumeração dos direitos da personalidade seria sempre incompleta e insatisfatória com relação às necessidades da vida, pois se trata de uma categoria de direitos em crescimento contínuo¹⁶⁶.

Pode-se dizer que uma das maiores inovações do direito privado no século XX foi o efetivo reconhecimento do direito pessoal geral pelas ordens jurídicas, com a funcionalidade de se amoldar a todas as situações em que o livre desenvolvimento da personalidade jurídica se encontre ameaçada. O direito geral de personalidade, inicialmente limitado à área de língua germânica, hoje não é uma entidade exclusivamente germânica. O conceito prevalece em muitos sistemas jurídicos romano-germânicos, inclusive no Brasil¹⁶⁷.

O direito pessoal geral trata de um complexo de interesses pessoais, que desfruta de proteção bastante diversa. Para além do direito geral da personalidade, existem direitos especiais da personalidade que possuem um texto legal que promove a sua proteção, pelo que não é necessário recorrer ao complexo sistemado direito geral da personalidade. Diante da falta de contornos claros, resta configurada como uma desvantagem em relação aos direitos gerais da personalidade para o exercício da tutela pretendida. Isso se deve ao fato de que as áreas de aplicação se sobrepõem, por exemplo, às proteções legais que conflitam com interesses legítimos de terceiros, o que pode resultar em uma árdua tarefa para equacionar os bens jurídicos em colisão em prol da dignidade da pessoa humana¹⁶⁸.

Impõe estabelecer que se configura um equívoco introduzir uma regulamentação rígida dos direitos da personalidade que estipule vedação absoluta

¹⁶⁵ BERTONCELLO, Franciellen. **Direitos da personalidade**: uma nova categoria de direitos a ser tutelada. 2006. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2006, p. 144.

¹⁶⁶ ZANINI; QUEIROZ, 2021, p. 16.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 24.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 24.

de certas condutas, ou autorize outras, sendo mais coerente com o regramento dos direitos da personalidade um movimento legislativo que se atente menos para o aspecto estrutural das condutas e mais para o seu fim, isto é, responsável por indicar os parâmetros de ponderação entre os diferentes bens protegidos¹⁶⁹.

O legislador não é chamado a resolver a toda e qualquer questão referente aos direitos da pessoa de forma abstrata e absoluta, mas apenas a conduzir e orientar a autoridade judiciária e administrativa a um resultado final que não pode ser dissociada do princípio da dignidade da pessoa humana e de uma avaliação concreta dos interesses conflitantes. O Código Civil de 2002 empreendeu um caminho diverso. Ao invés de apontar parâmetros de ponderação para cenários de colisão frequentes, elegeu, com raríssimas exceções, uma regulamentação isolada, típica e abstrata de cada um dos direitos da personalidade, estipulando uma moldura estática nas quais as soluções buscam disfarçar sob o curto fato normativo uma realidade demasiadamente grande para ser regulada de forma definitiva¹⁷⁰.

A discussão que envolve o reconhecimento implícito ou expresso do direito geral da personalidade trata-se de uma questão frequentemente abordada pela doutrina brasileira. O embate travado pela doutrina se baseia no fundamento se o Código Civil de 2002 contempla ou não - no ordenamento jurídico brasileiro - a inserção da tutela geral da personalidade ou se adotou uma estrutura específica e tipificada de proteção, em que se fixa que apenas os direitos determinados na legislação civil gozam da proteção ofertada pelos direitos da personalidade.

O art. 12 da codificação civil brasileira que, em muitos estudos sobre os direitos da personalidade é utilizado como o fundamento expresso do direito geral da personalidade, na verdade, não apresenta essa proclamada existência textual de um direito geral da personalidade, no intuito de garantir uma proteção irrestrita aos interesses jurídicos da pessoa humana não tipificados na lei, diferentemente do Código Civil Português que prevê expressamente a tutela geral da personalidade. No entanto, prevalece o entendimento na doutrina brasileira que a previsão expresso no direito geral da personalidade se mostra desnecessário frente ao reconhecimento constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, vez que garante a efetividade da proteção da personalidade da pessoa humana de forma ampla e irrestrita, independentemente da existência de um rol específico na legislação civil. Ou

¹⁶⁹ SCHREIBER, 2014. p. 5.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 5.

seja, o respeito e garantia da dignidade da pessoa humana afasta qualquer posição no sentido de que o Brasil tenha adotado um sistema restritivo de proteção da personalidade, em um rol fechado¹⁷¹.

Torna-se um equívoco tentar encontrar um preceito normativo mais amplo do que os já existentes em nosso ordenamento jurídico e o do art. 1º, III da Constituição da República de 1988 que consagra o imprescindível reconhecimento da dignidade da pessoa humana, sem a qual não há ordenamento jurídico efetivamente preciso e garantidor da tutela do ser humano. Nesse sentido, assevera-se que, para garantir a não corrosão dos direitos da personalidade se deve pretender evitar a desvirtuação ou mesmo banalização dos direitos da personalidade ou o do seu fundamento. Pois, a personalidade da pessoa humana estará ameaçada ao ser constantemente descontextualizada e citada para justificar questões díspares em projetos de lei, acórdãos, monografias, teses e dissertações, sem esquecer seu uso constante em petições como peça vazia de retórica¹⁷².

O maior obstáculo levantado pelos opositores sobre a existência de um direito geral de personalidade constitui-se na afirmação prolatada pela doutrina de que haveria uma suposta dificuldade em se estabelecer os limites deste direito. Contudo, tal argumento não merece prosperar e nem expõe qualquer credibilidade, tendo em vista que estes limites são fixados, em cada caso concreto, ponderando-se os bens e interesses postos em litígio, por meio do princípio da proporcionalidade. O costume e a consciência social do povo constituem elementos que funcionam como um limite interno do direito, como também o próprio desenvolvimento da sociedade impõe as restrições necessárias para o pleno desenvolvimento do ordenamento jurídico e o equacionamento das mutáveis demandas sociais que se apresentam diuturnamente¹⁷³.

Com efeito, não se trata apenas de uma tentativa de alargar os direitos especiais da personalidade para abarcar situações similares às já dispostas e tipificadas pela legislação civil, mas, sim, em consagrar um direito geral da personalidade, cujo objeto se procura concretizar e delimitar o seu campo de atuação

¹⁷¹ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55.

¹⁷² MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 106, p. 121-158, 2012, p. 154.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 155.

dentro do viés de garantia da promoção e do livre desenvolvimento da personalidade humana. O passo inicial para a consolidação do direito geral da personalidade é definir o objeto tutelado pelo direito geral da personalidade e compreender a personalidade humana, juridicamente tutelada, como uma cláusula geral¹⁷⁴.

Atualmente, a cláusula geral representa para os legisladores (de todo o mundo) a técnica mais adequada à complexidade das sociedades contemporâneas, pois as normas tradicionais nunca foram capazes, sozinhas, de disciplinar a totalidade das relações da vida social¹⁷⁵.

Portanto, para que seja possível proteger toda a complexidade das relações existências, os muitos direitos personalidade específicos ou típicos consagrados nas leis ordinárias se mostram insuficientes, motivo pelo qual a inserção de um direito que apresente uma cláusula geral se apresenta mais adequado frente à velocidade com que a sociedade se transforma no marco efervescente da pós-modernidade.

As ameaças à personalidade da pessoa humana se multiplicam dia a dia e o legislador não é capaz de absorver as demandas que se apresentam e nem no tempo digno que se requer para atuação eficaz da tutela ofertada pelos direitos da personalidade.

As características preponderantes dos direitos típicos ou especiais da personalidade decorrem de certos limites de seu objeto (nome, imagem, integridade, privacidade etc.) e, deste modo, são insuficientes para a proteção integral do indivíduo. Sendo assim, se faz necessária a implementação de um direito materno, ou seja, do direito geral da personalidade que decorre dos princípios do direito civil constitucional e que, além de ofertar uma proteção integral, ampara e fundamenta também os direitos especiais ou típicos da personalidade¹⁷⁶.

Capelo de Sousa argumenta que o direito geral da personalidade é permeado por elementos preliminares de imprecisão e incerteza comuns das cláusulas gerais, que limitam grande parte de sua eficácia prática em sistemas demasiadamente positivos e formais, contudo em sistemas valorativos encontraterreno fértil para que a sua amplitude forneça a maleabilidade de uma proteção integral para o desenvolvimento da personalidade e a versatilidade de aplicação diante de condições

¹⁷⁴ MORATO, 2012, p. 156.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 154.

¹⁷⁶ ZANINI, 2011, p. 6.

novas e complexas¹⁷⁷.

Com relação à dicotomia entre as esferas público e privado experimenta-se, com o movimento da constitucionalização do direito, uma verdadeira admissão de certas ingerências do direito público no domínio dos direitos da personalidade, em que tal atuação, todavia, se demonstra bastante estrita, visando unicamente o respeito à dignidade da pessoa humana, que, por si só, não tem poder para excluir ou diminuir do direito civil a responsabilidade de disciplinar e regulamentar à defesa do direitos da personalidade, sobretudo porque o direito privado sempre conviveu com normas cogentes e inabaláveis pela vontade das partes. Entretanto, quando há transposição do campo dos direitos da personalidade para o plano constitucional, a tutela dignidade da pessoa humana ganha e exige uma maior perspectiva que busque uma proteção de forma efetiva e de forma integrada, o que certamente afasta a dicotomia entre direito público e direito privado, colocando-a, de fato, acima dessa classificação, uma vez que os valores expressos pela dignidade da pessoa humana é o primado vetor de todo o nosso ordenamento jurídico¹⁷⁸.

E parece haver pouca diferença na proteção da dignidade humana sobre a divisão que isola espaços públicos e privados, já que no final o ser humano necessita de forma eficaz de uma proteção única e integral. No entanto, a distinção entre direitos fundamentais e direitos individuais ainda é muito importante, vez que possui a função de facilitar o trabalho dos operadores e pesquisadores do direito. Aderindo-se a uma perspectiva restritiva sobre a proteção da pessoa humana, demonstra-se interessante sob o viés prático e metodológico a divisão privado-público, em que os direitos da personalidade pertencem ao campo dos direitos privados, enquanto os direitos fundamentais estão dentro do espectro dos direitos públicos. No entanto, dentro de um prisma de uma proteção unitária quando se faz necessário para resolver um problema definido, terá que superar a dicotomia pública e privatista, posto que a dignidade humana é fundamento central e regente do ordenamento jurídico, independentemente de divisões didáticas¹⁷⁹.

Ultrapassada essa primeira fase do presente tópico que focou na definição e na importância da consolidação de uma teoria sobre o direito geral da personalidade

¹⁷⁷ SOUSA, 1995. p. 73.

¹⁷⁸ ZANINI, Leonardo Estevan de Assis *et al.* Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 208-220, jan./abr. 2018, p. 219.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 219.

para o ordenamento jurídico no enfrentamento das demandas sociais, é possível avançar dentro do objeto da pesquisa sobre o acesso aos medicamentos de alto custo. Além de ser garantido pelos direitos humanos e pelos direitos fundamentais, tais medicamentos devem se integrar também no intuito de preservar a dignidade da pessoa humana a uma vida saudável e digna. A inserção do acesso aos fármacos como um direito geral da personalidade, tem a finalidade de tutelar de forma integral o ser humano, afastando assim qualquer discurso que se fundamente dentro da dicotomia pública e privada.

Os avanços técnicos, científicos e médicos estão constantemente, com um ritmo sem precedentes, gerando novas ameaças à personalidade humana, que o legislador não consegue resolver apropriadamente, não deixando outra saída senão a lei geral da personalidade. Se não houver proteção do direito especial da personalidade existe a possibilidade de adaptar a proteção do direito geral da personalidade às necessidades atuais.

Consequentemente, a proteção dos direitos da personalidade deve ser implementada por meio desse sistema, que combina os direitos gerais da personalidade com os direitos especiais da personalidade, com o objetivo de adequar a proteção da personalidade às necessidades da sociedade moderna - chamada há muito tempo de sociedade da informação.

Por conseguinte, a pessoa humana deve ser compreendida como um valor unitário, protegido pelo direito geral da personalidade, implícito no ordenamento jurídico pátrio e fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) na permissão constitucional, para reconhecer outros direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 2º da CF); assim como no art. 12 do código civil de 2002, em que parte da doutrina reconhece como cláusula formal de abertura do sistema. De qualquer forma, é necessário muito cuidado para evitar a corrosão ou mesmo a banalização da proteção dos direitos da personalidade, tendo em vista que as áreas de aplicação se sobrepõem, o que significa que a proteção legal colide com os interesses legítimos de terceiros, o que é muito difícil de elucidar.

É verdade que o mero uso do direito geral da personalidade ou dos direitos especiais acaba por limitar a plena eficácia da própria lei Fundamental, que exige a maior proteção possível da dignidade humana, mas isso não se consegue se aderir a apenas uma das criações ou seja, o direito geral da personalidade em detrimento dos direitos especiais ou vice-versa.

Assim sendo, a dissertação busca estabelecer uma proteção integral do ser humano frente ao acesso aos medicamentos de alto custo, com o intuito de preservar e promover a dignidade da pessoa humana. Desse modo, a garantia da tutela da personalidade humana passa por todas as dimensões ofertadas pelo sistema jurídico, quais sejam: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade.

O direito à saúde constitui-se em um predicado que visa garantir e tutelar o desenvolvimento de uma vida digna e saudável, que se fundamenta em todos os círculos de proteção, portanto da tutela internacional à nacional. Deve-se atentar que garantir acesso aos procedimentos e medicamentos que protejam a vida humana, mesmo frente ao custo financeiro ou social passa por uma abordagem que reconheça a dignidade da pessoa humana como fonte de interpretação da tutela a ser almejada.

A pesquisa busca superar o dogma de que o direito à saúde corresponderia a uma dimensão restritiva, em que se compreende ele como pertencente ao campo exclusivo dos direitos sociais, vez que quando estar-se-á diante de tamanho bem jurídico, qual seja, a preservação e promoção de uma vida saudável, exige-se uma leitura que fundamente à proteção integral inserida dentro dos direitos humano, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.

Os direitos humanos encarados como os compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados em garantir e promover a saúde e o bem-estar das pessoas humanas, os direitos fundamentais sociais como as disposições constitucionais referentes aos deveres que o Estado deve exercer para tutelar a saúde dentro do seu território e os direitos da personalidade dentro de uma perspectiva de superação da dicotomia público-privado que busca fornecer o desenvolvimento pleno da personalidade da pessoa humana.

Logo, quando se está diante de um valor que exige a intervenção do vetor da dignidade da pessoa humana para que lhe garanta os meios de acesso aos medicamentos de alto custo que permitam o ser humano a gozar de uma vida digna e saudável deve-se buscar uma proteção íntegra.

O autor Szaniawski reconhece que, juntamente com os direitos públicos da personalidade e dos direitos privados da personalidade há a existência de uma terceira categoria, os chamados direitos sociais da personalidade, que corresponde aos direitos resultantes do desenvolvimento de certos direitos humanos em categorias

sociais e econômicas (direitos à saúde, trabalho, informação, silêncio, etc.)¹⁸⁰.

Os direitos da personalidade como atributos do ser humano, com características específicas, outorgam singularidade ao ser humano, ou seja, a cada pessoa é conferido o direito de erigir e determinar sua própria vida, de desenvolver livremente sua personalidade. A saúde deve ser compreendida como o direito da personalidade no viés de proteger cada pessoa de invasões na construção do seu projeto de vida e com sua máxima tutela¹⁸¹.

Legitima-se tamanha tutela no sentido de que a proteção do Estado por si só é deficiente para a garantir o direito à saúde, principalmente se o compreender apenas como de natureza de direito social. É por isso que o direito à saúde dever ser interpretado de forma complexa, considerando-o também como um direito da personalidade que se amplia a cada nova construção social que se dá na base fundamental ao desenvolvimento da pessoa humana, em seus múltiplos aspectos contemporâneos. Dessa forma, demonstra-se a dupla natureza desse direito, que pode ser apreendido de forma diferente dependendo da situação em que se apresenta na realidade social e individual¹⁸².

A dignidade da pessoa humana assume diversas facetas que a sociedade contemporânea entende como sendo essencial buscar a sua promoção e proteção, em que a concretização dessa tutela e também se fundamenta dentro dos direitos da personalidade. Dentre os direitos da personalidade, destacam-se os direitos do corpo à integridade física, nos quais a vida é enquadrada como bem juridicamente relevante com valor máximo, merecedor de proteção especial. Portanto, na vanguarda da proteção da integridade física está o princípio do respeito à vida, que se constitui como um direito humano fundamental. Neste raciocínio, o direito à vida é chamado de direito de condicionamento, porque muitos outros direitos dependem dele. O artigo 5º da Constituição da República de 1988 brasileira prevê esse direito como garantia fundamental em sentido amplo, sem especificar quando essa proteção ocorrerá. A saúde nesse sentido, incorpora o direito à vida e, portanto, deve ser entendida como um direito da personalidade¹⁸³.

¹⁸⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 50.

¹⁸¹ GODINHO, Jéssica Rodrigues; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Saúde: direito social ou direito da personalidade? **Revista Científica do UniRios**, v. 2, p. 214-229, 2020, p. 216.

¹⁸² *Ibid.*, p. 227.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 224.

Ressalta-se que o texto constitucional afirma a inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana como característica essencial que se difunde por todo o ordenamento jurídico, e assim confirma que o princípio personalista aparece como valor da maior importância jurídica, cuja finalidade é proteger nos aspectos psicofísicos e existenciais da pessoa. Os direitos dos indivíduos estabelecidos pela codificação Civil são considerados apenas indicativos, enquanto outros direitos também podem ser entendidos e propostos como direitos individuais. Também é importante notar que individualizar a saúde é, sem dúvida, essencial para identidade do indivíduo, formando um elo intrínseco entre o corpo e o eu. Saúde e corpo estão intimamente correlacionados, gerando uma cadeia relacional, na qual a autonomia do sujeito se projeta nos atos que afetam esses elementos essenciais¹⁸⁴. Em vista disso, a personalidade constitui-se como um atributo essencial da pessoa humana. É isso que faz de cada pessoa um sujeito de direitos. É na construção da personalidade e com o seu pleno desenvolvimento que será possível compreender o direito à saúde como um direito da personalidade.

Com a admissão dos preceitos constitucionais como ordem de valores, estabeleceu-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Com isso, a atuação dos direitos fundamentais é reconhecida nas relações jurídicas estabelecidas entre os particulares, ou seja, nos chamados direitos da personalidade. Com efeito, ao consagrar a pessoa humana como bem supremo do ordenamento jurídico, os direitos ligados à sua personalidade ocuparam um lugar preponderante. Por esta razão, a proteção da dignidade humana é imputada aos direitos fundamentais e aos direitos da personalidade¹⁸⁵.

Em suma, o direito fundamental de proteção do indivíduo contra o Estado vem à tona na proteção da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, para evitar que estes permaneçam em uma ordem neutra de valores na constituição foi gerada uma ordem de valores objetivos baseada na dignidade da pessoa humana, que, por meio de uma relação de referência e complemento recíproco, reforçou a validade dos direitos fundamentais, que constituem os direitos da personalidade. O efeito dessa transmissão está vinculado à ideia de supremacia constitucional, pois expressa o

¹⁸⁴ GODINHO; QUEIROZ, 2020, p. 224.

¹⁸⁵ KAROLENSKI, Natália Regina; CARVALHO, Gisele Mendes de. Fundamentos dos Direitos da Personalidade sobre o Prisma Penal. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 13, n. 2, p. 513-539, jul./dez. 2013, p. 537.

processo de integração entre o direito constitucional e o direito ordinário, e a necessidade deste último de se adequar ao primeiro. Por isso, muitas vezes não é possível determinar os limites que distinguem o direito ordinário do direito constitucional¹⁸⁶.

O direito à saúde encontra-se disposto expressamente no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito social. Trata-se de um direito tão importante no ordenamento jurídico brasileiro que o poder constitucional já o introduziu no preâmbulo do texto constitucional, especificando que a finalidade do Estado Democrático Brasileiro é, entre outras coisas, garantir direitos sociais para promover o bem-estar dos cidadãos.

Como o preâmbulo da Constituição é uma diretriz de interpretação, as normas e princípios da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional devem ser interpretados nesse contexto. No entanto, face às projeções dos direitos da personalidade impõe-se determinar os contornos objetivos do âmbito do direito à saúde de forma a identificá-lo como um direito da personalidade de forma muito personalizada e individualizada. Por sua natureza de direito fundamental, a saúde está correlacionada com outros direitos e princípios, como a vida e a dignidade da pessoa humana, devendo ser garantida por quem detém essa competência¹⁸⁷.

Capelo de Sousa expõe que a personalidade da pessoa humana não integra seu patrimônio. Ocorre que o atentado à sua personalidade conduz direta e indiretamente a danos morais ou imateriais, ou seja, danos aos interesses da pessoa biológica, espiritual, ideal e de caráter moral, não pecuniária, que, sendo insuscetível de avaliação pecuniária, não pode ser compensada, ou seja, apenas suscetível de indenização pela obrigação pecuniária imposta ao agente. Verifica-se, no caso da perda de vida e saúde, dor e lesões físicas, sofrimento, limitações e repulsa moral e afetiva, complexos e frustrações estéticas e psíquicas, humilhação e humilhação, privação ou redução da liberdade, perda ou redução do bom nome, prestígio, reputação e consideração social, falsificação de identidade e imagem etc.¹⁸⁸.

A saúde, compreendida como também um direito da personalidade, possui o seu fundamento ligado diretamente ao corolário da dignidade humana, cuja

¹⁸⁶ KAROLENSKY; CARVALHO, 2020, p. 538.

¹⁸⁷ FIGUEIREDO, Luciano Lima. **A função social das patentes de medicamentos**. 2008. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008, p. 213.

¹⁸⁸ SOUSA, 1995, p. 242.

interpretação dos seus pressupostos deve ser de forma sistemática integrativa, no intuito de proporcionar a inclusão e integral proteção da pessoa humana, em que não se pode buscar interpretações que provoque a limitação ou restrição da efetivação do direito fundamental à saúde, especialmente no que se refere ao acesso aos medicamentos de alto custo¹⁸⁹.

4.2 A JUDICIALIZAÇÃO DOS MEDICAMENTOS: REFLEXOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Importa contextualizar neste momento do estudo na esfera material da judicialização dos pedidos por medicamentos de alto custo. Cumpre ressaltar que o campo de significativo desenvolvimento da judicialização da política insere-se notadamente no setor da saúde pública, resultado direto da ampliação que o texto constitucional de 1988 conferiu à matéria, acrescentado também à circunstância da precariedade da realidade da saúde brasileira.

O direito à saúde constitui-se em um direito fundamental de natureza social, cujos princípios e garantias estão previstos em artigos constitucionais. A saúde consolidou-se como direito de todos e obrigação do Estado, e o reconhecimento de sua natureza decorre de um processo histórico de progresso social na efetivação dos direitos fundamentais¹⁹⁰.

A Constituição da República de 1988 consagrou o direito universal à saúde e os deveres de financiamento em todos os níveis de governo. Estabeleceu a regulamentação do sistema privado e a participação da comunidade como princípios fundamentais de um sistema de saúde inclusivo, em que essa participação foi definida, constitucionalmente, por meio de vários dispositivos de controle social¹⁹¹.

O texto constitucional definiu as competências para legislar sobre proteção e defesa da saúde, como também a competência legislativa às esferas federal, estadual e municipal, bem como nas ações que visem desenvolver e implementar conjuntamente diretrizes estaduais sobre questões de saúde¹⁹².

Em matéria legislativa, a União ficou com o poder de fazer normas gerais, o

¹⁸⁹ GODINHO; QUEIROZ, 2020, p. 228.

¹⁹⁰ LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Os parâmetros de ativismo judicial na conflituosa concessão de medicamentos de alto custo. **Cadernos do Programa De Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, v. 13, n. 1, p. 201-235, 2018, p. 202.

¹⁹¹ COSTA; MOTTA; ARAÚJO, 2017, p. 854.

¹⁹² *Ibid.*, p. 855.

Estado de criar normas complementares e os municípios, de legislar sobre assuntos de interesse local. Desta feita, as atribuições constitucionalmente atribuídas às ações e serviços voltados à saúde são distribuídas aos entes federados de forma que a União e os Estados contribuem técnica e financeiramente, enquanto os municípios realizam os serviços de forma descentralizada. Enquanto direito social, a saúde - juntamente com outros direitos neste campo - refere-se a benefícios positivos prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, que buscam proporcionar uma vida com dignidade aos mais vulneráveis, como também equalizar situações sociais desiguais a população que não detém das condições materiais de usufruir de assistência médica adequada¹⁹³.

O Poder Judiciário, frente a inércia dos demais poderes constituídos, teve que definir os critérios para a prestação desses serviços públicos. O fenômeno da judicialização da política é observado quando o Judiciário, no exercício típico de sua função jurisdicional, atua em questões de natureza política. Reside, pois, em problemas relevantes de natureza política, moral e social que são objeto de uma apreciação judicial definitiva¹⁹⁴.

Contudo, tratam-se de atividades preponderantemente afetas aos poderes legislativo e executivo que são acolhidas pelo judiciário, haja vista as reiteradas omissões das respectivas esferas estatais na efetivação do direito à saúde na forma proposta pelo texto constitucional¹⁹⁵.

Sendo assim, tribunais e magistrados acabam se tornando atores políticos, ainda que, com singularidades e fundamentos distintos de outros poderes. Eles se tornam os papéis principais na determinação dos conflitos morais e políticos envolvidos. As consequências de suas decisões terminam afetando o sistema político¹⁹⁶.

Nesse sentido, o judiciário desempenha atualmente uma significativa função na efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos uma vez que suas decisões compõem verdadeiros instrumentos de poder, intervindo e influenciando direta ou indiretamente na formação da vontade política dominante¹⁹⁷.

Com efeito, quando o Poder Judiciário atua nas questões pontuais referentes

¹⁹³ LEMOS JÚNIOR; ARAÚJO, 2018, p. 207.

¹⁹⁴ COSTA; MOTTA; ARAÚJO, 2017, p. 855.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 854.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 855.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 856.

ao fornecimento para uma ou poucas pessoas para determinar o acesso a tratamento medicamentoso caro, o magistrado, nessas hipóteses, se depara com uma situação extremamente delicada, pois o indeferimento do pedido acarretará dor ou, até mesmo, a morte do pleiteante. O juiz está sentado com a vida e a dignidade do indivíduo em suas mãos. Todavia, ocorre que essas decisões acabam por gerar um descompasso com os orçamentários previstos para a área da saúde e com o princípio da separação de poderes, ou seja, a tomada de decisão pontual resulta de certa forma sendo configurada como uma atuação antidemocrática. Prejudica as organizações orçamentárias ao compelir o Estado a investir nesta ou naquela droga, incluindo medicamentos de custo elevado, o que conseqüentemente apresenta reflexo nas compras de outros medicamentos imprescindíveis ao atendimento da sociedade¹⁹⁸.

Curiosamente, em tais decisões, os juízes determinam sobre o acesso ao medicamento, mas não mencionam a fonte orçamentária dos recursos, no entanto a fonte do financiamento trata-se de recursos financeiros limitados e as necessidades humanas são ilimitadas. As decisões de concessão de medicamentos atingem a Administração Pública que possui o dever de atuar sob os pressupostos dos critérios de conveniência e viabilidade¹⁹⁹.

Redistribuir o orçamento de forma arbitrária mediante decisões judiciais, muitas vezes ausentes de fundamentação e sem considerar melhor para o interesse público, resultam em decisões vorazes que desarticulam e atacam toda uma política pública de saúde que possuía um determinado orçamento aprovado. Ou seja, quando a alocação de recursos é modificada, todo o planejamento estatal de saúde é alterado, o que reflete o plano plurianual, as leis diretivas, as orientações ideológicas escolhidas pelos cidadãos, etc. A Administração administra recursos escassos e, portanto, o faz consoante a chamada reserva do possível, ou seja, cabe ao Estado prover com recursos escassos, apenas o que é possível ser feito e exigido. Com efeito, diante dos recursos financeiros limitados, farmácias públicas inadequadas, incapacidade de aumentar a assistência farmacêutica e escassez de farmacêuticos trabalhando na saúde pública constituem alguns dos fatores que problematizam o acesso aos medicamentos, o que gera a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para garantir o acesso aos medicamentos e na preservação da dignidade da pessoa

¹⁹⁸ COSTA; MOTTA; ARAÚJO, 2017, p. 855.

¹⁹⁹ FIGUEIREDO, 2008, p. 213.

humana do paciente²⁰⁰.

Na investigação realizada por Raquel Silva verificou-se que os pedidos de fornecimento de medicamentos em que a via judicial foi a única alternativa à busca de um remédio responsivo. Os remédios não disponíveis no Sistema Único de Saúde representam um campo fértil para a judicialização, pois o indeferimento administrativo ocorre de forma automática e, muitas vezes, o paciente prefere recorrer à via judicial a rever a prescrição junto ao médico sobre a possibilidade de substituí-la por outro medicamento disponibilizado pela assistência farmacêutica. Isso decorre da prática de longa data do judiciário de outorgar todos os pedidos de medicamentos, sem questionamentos, com base apenas na prescrição. A judicialização de medicamentos essenciais ilustra essa falta de diretrizes. Porém, a judicialização deveria prevalecer apenas com relação aos medicamentos não disponibilizados pelo Estado. Observou-se também que não há revisão de processos judiciais, vez que medicamentos que não estavam disponíveis no passado estão disponíveis, mas ainda permanecem no sistema judicial²⁰¹.

Atualmente, as autoridades judiciais solicitam primeiro um certificado de uma autoridade de saúde explanando se um medicamento consta na lista de medicamentos disponibilizados pelo SUS. Antes não havia essa consulta, o que fazia com que muitos medicamentos da lista de medicamentos disponíveis do SUS (Sistema Único de Saúde) funcionassem. A pesquisadora demonstra que os pedidos de fornecimento de medicamentos atingem, inclusive, os medicamentos disponibilizados pela lista do SUS. Demonstra-se, assim, que a questão repercute tanto na saúde básica como nos casos especializados, ou seja, o sistema de fornecimento medicamentoso encontra-se colapsado e exige muitas vezes a intervenção do Poder Judiciário para garantir o mínimo de dignidade à sociedade brasileira²⁰².

A judicialização da saúde quanto ao acesso aos medicamentos divide-se em dois grupos: **a)** fornecimento de medicamentos incorporados pelo SUS, isto é, os medicamentos que constam da política pública de saúde, que devem ser dispensados

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 213.

²⁰¹ SILVA, Raquel da Silveira Ambrozio. **Análise da judicialização da assistência farmacêutica no Rio Grande do Sul - a coletividade no banco dos réus**: uma avaliação da 7ª Coordenadoria Regional de Saúde. 2014. 94 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Ensino na Saúde) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 74.

²⁰² *Ibid.*, p. 62.

gratuitamente à população e que para recebê-los, o indivíduo deve estar cadastrado nos programas estaduais e municipais de recebimento desses medicamentos, exceto o programa Farmácia Popular, no entanto não obtém acesso ao fármaco. Não resta dúvida quanto à obrigação do Estado adimplir com o seu dever constitucional. O Poder Judiciário, neste caso, tem sua atuação voltada para a implementação de políticas públicas formuladas no âmbito do Sistema Único de Saúde. O requerente deve comprovar a carência do medicamento e o insucesso de sua tentativa de obtenção pela via administrativa; **b)** medicamentos não incorporados pelo Sistema Único de Saúde, em que o Estado não é, via de regra, obrigado a fornecê-lo, principalmente quando se está diante de medicamentos de alto custo, portanto o Estado não é obrigado a disponibilizar medicamentos que não esteja inserido dentro da política pública de saúde²⁰³.

Cumpra esclarecer, que o alto preço unitário do medicamento não constitui em um impeditivo para que seja incluído na lista de distribuição gratuita pelo Sistema Único de Saúde. Trata-se de obrigação do Estado garantir e fomentar o acesso integral a tratamentos farmacológicos para todas as formas evolutivas das diferentes doenças, ou seja, a listagem do Sistema Único de Saúde contempla até mesmo medicamentos de alto custo unitário, sendo considerados elementos da própria política pública de saúde como indispensáveis para o restabelecimento da saúde do cidadão. Nessa situação, o benefício solicitado difere daquele ofertado pelo sistema estadual, seja porque o SUS adotou outro critério na seleção dos medicamentos que compõem a lista de disponibilização, como no caso de avaliar que a relação custo-benefício não atende aos interesses públicos, seja porque ainda não incorporou o medicamento porque não atende os protocolos e diretrizes terapêuticas, pois não há evidências clínicas de sua eficácia²⁰⁴.

Observa-se que, diante de um medicamento de alto custo, os Tribunais vêm exigindo o seu registro na ANVISA. Contudo, mesmo que o fármaco não esteja registrado no Brasil, isso não significa que ele não seja eficaz para o paciente. O paciente pode demonstrar que o medicamento é eficaz no combate à sua condição e no restabelecimento da saúde e sua dignidade humana, podendo demonstrar a

²⁰³ SILVA, 2014, p. 72.

²⁰⁴ FERREIRA, Versalhes Enos Nunes; LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. A judicialização pela dispensação de medicamentos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 1332-1362, 2020, p. 1339.

existência de um resultado científico que comprove as suas afirmações, por meio documental atestando que o medicamento já foi aprovado por outras agências de saúde, como pela FDA (Agência Federal Norte-Americana de Regulação de medicamentos), ou pela EMA (Agência Europeia *Medicines Agency*) ou pela PMDA (*Japan Pharmaceuticals and Medical Devices Agency*). Faz-se necessário também demonstrar que os medicamentos distribuídos pela rede pública não atendem de forma adequada a gravidade de sua condição enferma²⁰⁵.

Os autores argumentam que a judicialização da saúde no acesso aos medicamentos, devem observar premissas técnicas que possam tanto respeitar o direito fundamental do cidadão à saúde quanto refletir sobre os padrões de controle de saúde seguidos pela autoridade sanitária, vez que atuam na eliminação, redução e prevenção de riscos à saúde humana. Litígios de aquisição de medicamentos devem ser baseados em métodos científicos que confirmem a sua eficácia. Entretanto, vale ressaltar que o Estado não pode se omitir do seu dever constitucional decorrente do direito fundamental social da saúde de implementar de forma prioritária a ampliação do rol de medicamentos de livre acesso à população inclusive os de grande valor, observando e respeitando sempre com base em critérios científicos e aperfeiçoando sua gestão, com relação aos medicamentos que já fazem da lista de disponibilização do Sistema Único de Saúde continuem sendo distribuídos à população²⁰⁶.

Outro caminho necessário para reduzir o excesso de judicialização da saúde consiste em adequar e ampliar o orçamento público para que efetivamente possa se implementar e fazer valer o conteúdo do direito à saúde, pois somente com a disponibilização dos recursos públicos necessários será possível oferecer à população medidas e serviços adequados, sejam eles básicos, médios ou de alta complexidade. Portanto, deve-se atentar que mesmo os medicamentos que constam como de distribuição gratuita sofrem com desabastecimento o que resulta também na crescente judicialização, portanto se faz imprescindível que a gestão pública caminhe no sentido de atuar de forma eficiente no implemento do acesso aos medicamentos. A saúde deve ser tratada prioritariamente, pois a elevação do seu estatuto à categoria de direitos fundamentais torna-a um instrumento jurídico indispensável²⁰⁷.

²⁰⁵ FERREIRA; LAMARÃO NETO; TEIXEIRA, 2020, p. 1350.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 1358.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 1358.

A excessiva judicialização expõe a fragilidade das organizações públicas: por um lado, mostra as falhas da assistência farmacêutica e, por outro, demonstra a fragilidade do Judiciário, que muitas vezes, mesmo por excesso de demanda e falta de recursos suficientes, bem como de servidores, julga processos sem avaliá-los apropriadamente. Soma-se a isso a pressão e o poder econômico da indústria farmacêutica, que vê na judicialização da saúde mais um campo para a inserção de seus produtos²⁰⁸.

4.3 DA IMPLEMENTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL NA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A FUNCIONALIZAÇÃO DO INSTITUTO DAS PATENTES SOBRE MEDICAMENTOS FRENTE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito à saúde se constitui como direito humano imprescindível desde a fundação da Organização Mundial da Saúde de 1948, em que após diversos documentos e declarações solidificaram como direitos humanos fundamentais o acesso à saúde. O direito à saúde e acesso a medicamentos encontram-se dispostos em documentos como a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁰⁹.

Nesse contexto, vislumbra-se a importância conferida ao acesso aos fármacos como direito humano e a pesquisa neste tópico trabalha na identificação de sua relação conflituosa com os preços praticados de forma exorbitante pelas indústrias farmacêuticas, resultado diretamente gerado pelo monopólio da propriedade intelectual e a ausência de incorporá-la aos preceitos da função social que devem informar toda e qualquer propriedade tutelada pelo direito, bem como a falta de transparência quanto aos dados e informações dos custos com as pesquisas, com o desenvolvimento e a produção de medicamentos pelo setor farmacêutico.

As questões referentes à propriedade intelectual de produtos farmacêuticos se dividem em duas posições: **a)** os que compreendem que os direitos advindos com a proteção da propriedade intelectual proporcionam o desenvolvimento de todos os países que os implementam (posição defendida pelos países desenvolvidos e pela indústria farmacêutica); **b)** os que entendem que, quanto maior a proteção conferida maior será a restrição do acesso aos medicamentos essenciais e as novas tecnologias

²⁰⁸ FIGUEIREDO, 2008, p. 213.

²⁰⁹ GODINHO; QUEIROZ, 2020, p. 216.

que vão sendo surgindo, como também a elevação sem qualquer filtro dos preços dos fármacos e não há como sustentar e prever que a proteção trará os benefícios proclamados pela primeira posição (posição dos países em desenvolvimento e das organizações que lutam pela democratização ao acesso dos medicamentos de forma racional e equilibrada)²¹⁰.

Registre-se, a Constituição da República de 1988 não prevê mais o direito de propriedade como uma garantia individual em capítulo diferente do que trata da sua função social, mas sim diante da inserção do paradigma da força normativa dos princípios constitucionais dispõe o instituto de forma unificada e indissociável no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, no artigo 5º, inc. XXII e XXIII, e reforça o seu primado conjuntamente com o princípio da ordem econômica no art. 170, inc. III. Ao elevar a proteção à propriedade como princípio geral da atividade econômica, o constituinte se inspirou no ideal capitalista de preservação da propriedade privada dos bens produtivos. No entanto, o direito de propriedade insta ao titular desse direito a exercê-lo sob o predicado dos ideais de justiça social e garantir uma existência digna para todos²¹¹.

Assim, o constituinte de 1988 rompeu com o conceito tradicional de propriedade reconhecido pelo ordenamento jurídico pretérito. As constituições anteriores, que também dispunham sobre a função social da propriedade, não transformaram o conteúdo desse direito, limitando-se a estabelecer eventuais restrições. A partir da afirmação a propriedade cumprirá sua função social constando no rol dos direitos e garantias fundamentais como princípio autônomo, e sua inserção no art. 170 do texto constitucional de 1988 como princípio norteador da ordem econômica, é evidente a alteração do núcleo duro do direito de propriedade, ou seja, a propriedade privada só cumpre sua função social quando o direito de propriedade estiver em consonância com o interesse público e não ser apenas restringido externamente por ele²¹².

Assevere-se, o princípio da dignidade da pessoa humana se manifesta como adoção de um modelo de valorização das relações sociais, atuando como

²¹⁰ SILVA, 2014, p. 32.

²¹¹ TYBUSH, Francielle Benini Agne; IRIGARAY, Micheli Capuano. A função social da propriedade intelectual: um olhar desde os conhecimentos tradicionais. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 64-79, 2017, p. 76.

²¹² GIOVANNETTI, Thais Rezende. **O sistema jurídico de patentes e a função social**. 2002. 57 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Paraná, Curitiba, 2002, p. 40.

sustentáculo do Estado Constitucional de Direito brasileiro. Os fundamentos e princípios introduzidos pela Constituição da República de 1988, previstos no artigo 3º define os objetivos a atingir, tendo em conta o paradigma personalista, não se trata apenas de diretrizes facultativas da ação estatal, mas sim princípios e fundamentos que devem inevitavelmente conduzir à hermenêutica de outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que possibilitem a formação de um Estado que visa prioritariamente ao interesse do público em geral e na promoção dos valores da pessoa humana. Com efeito, a função social da propriedade não pode ser confundida com as limitações que afetam apenas uma parte da propriedade. Pelo contrário, começa a inferir no próprio conteúdo deste direito, alterando a sua formulação (ressalvado o seu conteúdo mínimo), de acordo com o novo paradigma personalista proposto dentro do marco instituído pelo Estado Constitucional de Direito, com base na aceitação e no respeito fornecido pela dignidade da pessoa humana²¹³.

Por conseguinte, a função social da propriedade está agora introduzida em uma perspectiva personalista e não pode ser vista fora dela, isto é, a limitação aos poderes dos proprietários deve atuar como instrumento de promoção do interesse público e do princípio da dignidade humana. Ressalta-se que a proteção das situações de propriedade precisa incluir o respeito aos não proprietários. A função social da propriedade, além de estar consagrada como princípio de ordem econômica e social, integra o capítulo dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, assim tornando-se igualmente parâmetro de interpretação de outras normas constitucionais e, portanto, de todo o ordenamento jurídico. A garantia do direito de propriedade está vinculada ao cumprimento de sua função social, que se expressa no atendimento ao interesse público, consiste em uma reação do ordenamento jurídico frente ao desperdício do potencial inerente à coisa por necessidades individualistas, sejam de caráter financeiro ou pessoal²¹⁴.

Introduzindo o tema dentro da tutela da propriedade intelectual, vislumbra-se que, com o advento da Revolução Industrial, ocorreu o desenvolvimento e a inserção de técnicas sofisticadas no seio do processo produtivo, o conhecimento e a inovação assumem relevância essencial no desenvolvimento econômico e social. As transformações oriundas desse processo repercutiram na concepção jurídica do direito de propriedade resultando na sua extensão, em que se buscou proteger o

²¹³ GIOVANNETTI, 2002, p. 43.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 42.

domínio do conhecimento, surgindo assim a necessidade de se tutelar uma nova categoria de bens, os bens nominados como bens imateriais ou intangíveis. A forma encontrada para ofertar a proteção a essa nova categoria de bens foi por meio do sistema de patentes, a qual permite a apropriação privada dos bens imateriais aplicáveis à indústria²¹⁵.

As leis de propriedade industrial da maioria dos países tratam invenções ou modelos de utilidade como direitos de propriedade. O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a propriedade industrial dentro da natureza jurídica dos direitos de propriedade e, portanto, esta não pode ser considerada um direito absoluto, pois deve promover o desenvolvimento econômico, tecnológico e social do país e pode limitar o exercício dos direitos decorrentes. Nesse contexto, cabe ressaltar que não há possibilidade de um sistema de propriedade industrial totalmente internacionalizado ou neutro no Brasil, pois é incompatível com os ditames do texto constitucional, que informa o direito de propriedade no cumprimento do princípio social da função da propriedade como garantia constitucional²¹⁶.

Joaquim Gomes Canotilho anota a relação entre o direito de propriedade intelectual e os princípios da ordem econômica, em que o constituinte confere ao legislador a possibilidade do estabelecimento de uma garantia que toma forma por meio da criação dos direitos exclusivos temporários para criadores e inventores que fomentam o avanço da ciência e tecnologia, e que esses direitos são compatíveis com o princípio da livre concorrência, consagrado no artigo 170/IV da Constituição da República de 1988, pois decorrem da harmonização e pactuação prática de um direito fundamental consagrado no mesmo texto constitucional, nos artigos 5º, IX e XXIX. Sempre que existir uma aparente contradição entre as normas constitucionais, deve ser feita uma leitura concisa das mesmas, que garanta a sua harmonização e a sua máxima eficácia, evitando leituras que privilegiem uma norma em detrimento da outra²¹⁷.

O direito de propriedade é baseado nos atributos de usar, gozar, dispor e recuperar o bem a qualquer tempo, mas frente às especificidades da propriedade industrial, esse direito de propriedade é temporário, configurando uma propriedade

²¹⁵ GIOVANNETTI, 2002, p. 2.

²¹⁶ STORER, Aline; MACHADO, Ednilson Donisete. Propriedade Industrial e o Princípio da Função Social da Propriedade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2007, São Paulo. **Anais**[...]. Florianópolis: CONPEDI, 2007, p. 2320-2332, p. 2328.

²¹⁷ CANOTILHO; CORREIA; CORREIA, 2010, p. 432.

resolúvel, em que diante de um evento futuro e certo, ou seja, enquanto durar o prazo de validade da patente conferido por lei, os direitos derivados dessa propriedade cessarão, resultando em sua extinção. Por imperativo constitucional, os direitos decorrentes da propriedade industrial estão indissociavelmente ligados ao princípio da função social da propriedade, não podendo coexistir separados um do outro. Dessa forma, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) atua como defensor e fiscalizador do exercício desses direitos para evitar que suas finalidades sejam deturpadas. O direito exclusivo de uma invenção obtida com patente é um privilégio, um benefício outorgado pelo Estado ao seu inventor a fim de dar a conhecer a sua invenção à sociedade contribuindo para o bem público²¹⁸.

Vale ressaltar o discurso empreendido pelo setor farmacêutico de forma habitual que a proteção à propriedade intelectual, atraída pela implementação do sistema de patentes, constitui-se em medida necessária e imprescindível para garantir a continuidade da inovação e desenvolvimento crescente de novas tecnologias e, que permite o benefício dos países em desenvolvimento após expiração do prazo da proteção advinda da patente registrada²¹⁹.

A propriedade industrial - tutelada por meio do sistema de patentes - assume um papel estratégico na consolidação da economia de forma mundial, vez que concede ao titular do direito patenteado o monopólio de exclusividade na exploração da propriedade intelectual, ocasionando a formação de um privilégio competitivo, ou seja, retira da livre concorrência no período que estiver garantido pelo Estado o monopólio de sua exploração²²⁰.

Renata Pozzato Carneiro Monteiro expõe criticamente a importância do marco da funcionalização do direito patrimonial em prol da sociedade, que não pode ser compreendida apenas pela relevância que os direitos de propriedade industrial adquiriram nos dias atuais como essenciais ao desenvolvimento nacional, mas também por se tratar de direitos patrimoniais. Da mesma forma que outros direitos existentes e protegidos pela Constituição da República de 1988, a propriedade industrial está sujeita às restrições constitucionais impostas a toda forma de propriedade privada. Portanto, deve-se dimensionar a propriedade industrial também no implemento da função social da propriedade e, por estar vinculada à atividade

²¹⁸ STORER; MACHADO, 2007, p. 2324.

²¹⁹ GIOVANNETTI, 2002, p. 2.

²²⁰ *Ibid.*, p. 54.

econômica, ao preceito constitucional que determina que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, exige-se por mandamento constitucional o atendimento aos preceitos da justiça social²²¹.

Luís Felipe Salomão explica que os valores como eticidade, operabilidade e socialidade transformaram o direito civil em uma versão mais contemporânea e adequada com os preceitos desenvolvidos com o texto constitucional de 1988, conferindo uma perspectiva social ao direito privatista. O autor pondera que, mesmo antes da entrada em vigor da atual Constituição e do Código Civil de 2002, já vinha sendo adotado - mesmo que de forma isolada e não como uma base principiológica constitucional - dispositivos que enalteciam a função social do direito. Mas que a consolidação da função social no ordenamento jurídico brasileiro como elemento diretamente vinculado com a propriedade e como princípio que se irradia por todo o sistema jurídico somente ocorreu com a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, em que se inaugura uma nova fase baseada em suportes axiológicos que foram cruciais para o momento histórico institucional do país que superava a concepção essencialmente individualista do direito²²².

Dentro dessa perspectiva, a propriedade industrial anteriormente fundada nos preceitos ligados ao liberalismo, com plena difusão da autonomia da vontade, da liberdade econômica, da dicotomia público e privado, do formalismo e do positivismo exacerbado, cede espaço para a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana e da funcionalização do direito subjetivo do proprietário industrial. Também devendo atender aos novos contextos histórico, jurídico, político e sociológico que vincula o Estado Constitucional de Direito, que requer a superação dos dogmas privatistas para encampar o viés proclamado pró sociedade²²³.

Com efeito, os papéis dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, dos direitos da personalidade devem irradiar sobre as relações sociais como elemento essencial na interpretação das disposições concernentes aos direitos da propriedade industrial, diante dessa nova realidade que se apresenta na busca por justiça social²²⁴.

A história da propriedade intelectual no Brasil começou com a chegada da

²²¹ MONTEIRO, Renata Pozzato Carneiro. A função social da propriedade na Constituição da República de 1988 e a propriedade industrial. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 69, p. 23-30, mar./abr. 2004, p. 24.

²²² SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito privado**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 547.

²²³ *Ibid.*, p. 547.

²²⁴ *Ibid.*, p. 548.

Família Real em 1808. Os direitos de propriedade e, sobretudo, os direitos de propriedade industrial e intelectual figuram entre os direitos inerentes ao indivíduo. Dado este contexto mais alargado de desenvolvimento da legislação da propriedade intelectual no país, torna-se necessário analisar a legislação específica sobre a matéria, nomeadamente a lei da propriedade intelectual e o acordo Internacional. Os alvarás de 1808 permitiram o livre estabelecimento de fábricas e fabricantes no Brasil, de 1809 criou a proteção não só da propriedade, mas também da propriedade industrial, com os requisitos típicos do direito da propriedade intelectual. Em 1883, o Brasil ratificou a Convenção da União de Paris (CUP), sinalizando a busca do país pelo desenvolvimento econômico no cenário mundial e o respeito à propriedade tecnológica. Pouco tempo depois, em 1889, foi proclamada a república e em 24 de fevereiro de 1891, a Carta Constitucional (art. 72, parágrafos 17 e 27) reafirmou a proteção da propriedade sancionada pela constituição de 1824, assim como os textos constitucionais que se seguiram. As condições de concessão, de publicação da invenção, os elementos relativos ao privilégio incluídos na Convenção da União de Paris (CUP) e o acordo TRIPS constituem-se nas razões que levaram a mudanças na forma de implementação do Acordo e na legislação interna com as Leis n. 5.772/1971 e n. 9.279/1996. A partir disso gerou as diferenças e contradições que se edificam nas disputas surgidas no campo das patentes²²⁵.

O sistema de proteção de patentes se fundamenta dentro da promoção do desenvolvimento econômico e social de um país, pois atua como um incentivo à produção de inovações tecnológicas, beneficiando o inventor e toda a comunidade por meio do desenvolvimento e progresso. No entanto, esse direito exclusivo não é absoluto e está sujeito às limitações impostas pela lei de propriedade industrial para evitar o abuso do poder econômico, competição injusta e o monopólio de um produto que é matéria de invenção²²⁶.

Quanto à função social da propriedade industrial, parece ter recebido um tratamento intermédio por parte do texto constitucional, estando o respeito da função social condicionado à satisfação do interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país, como também aproveitou de conceitos jurídicos indeterminados, mas com menor grau de abstração e conteúdo quanto às suas prescrições, a fim de

²²⁵ PINTO, Ana Paula Gomes. Como a revalidação tem sido tratada no marco regulatório brasileiro? **Revista da EMARF**, Rio de Janeiro, p. 173-198, 2011, p. 177.

²²⁶ STORER; MACHADO, 2007, p. 2324.

conferir discricionariedade à administração por meio de seu órgão técnico-administrativo, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), para definir se a propriedade cumpre o fim a que se destina. Dessa forma, o reconhecimento da função social das patentes farmacêuticas no contexto social e a efetivação dos direitos humanos surge por meio de uma nova visão do conceito de propriedade, para além do direito individualista, absoluto, longínquo do entendimento tradicional que consistia no poder quase que absoluto de seu titular de exercer o gozo da riqueza segundo seus próprios interesses²²⁷.

A propriedade industrial, requer uma nova leitura de acordo com o novo paradigma que se inseriu dentro do Estado Constitucional, isto é, a propriedade inserida dentro da sua função social. Isso porque os direitos de propriedade intelectual são criados para o titular e protegidos por meio de patentes e instrumentos de registro. A utilização dos bens produzidos pela criatividade humana está ligada ao compartilhamento do conhecimento para gozar dos benefícios da proteção temporária. Portanto são bens sociais com a finalidade de desenvolver a formação tecnológica nacional²²⁸.

A análise histórica da evolução do conceito de propriedade permite observar que a concepção extremamente individualista e absoluta, presente nos tempos mais remotos, foi superada por uma visão mais social, em que o titular mantém direitos essenciais de uso e fruição, harmonizados com o interesse da comunidade. Ainda como premissa necessária, tem-se por certo que a propriedade intelectual proporciona um mecanismo de proteção da atividade criativa humana, indispensável para o fomento científico, na medida em que proporciona ao criador monopólio provisório de exploração, permitindo obter o retorno financeiro para o investimento científico realizado. No entanto, o conceito de função social da propriedade merece ser incorporado na construção jurídica do sistema de proteção intelectual, harmonizando-se com interesses sociais, especialmente no que diz respeito às criações intelectuais que proporcionem, diretamente, vantagens sociais, como ocorre com os fármacos, sendo certo que os atuais instrumentos de flexibilização, como a licença compulsória, ainda não se mostram suficientes no aspecto social²²⁹.

²²⁷ TYBUSH; IRIGARAY, 2017, p. 76.

²²⁸ *Ibid.*, p. 76.

²²⁹ BEMVINDO, Bernardo Soares Teixeira. **Um estudo sobre a relação entre gastos em P&D e patentes como indicador de eficiência inovadora na indústria farmacêutica**. 2010. 86 f. Monografia (Graduação em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro,

A função social dos direitos de propriedade intelectual se manifesta como um elo orientador no estabelecimento de uma nova base jurídica para o sistema de patentes de acesso a medicamentos que prejudicam a proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos sobre a vida. Abordar o direito de propriedade, como conceito que abarca a função social da propriedade repercute na possibilidade de incorporação desse princípio à construção jurídica do sistema de proteção intelectual, em harmonia com os interesses sociais, especialmente no que diz respeito às criações intelectuais que prestam diretamente benefícios sociais, como ocorre com a produção e desenvolvimento de novos medicamentos²³⁰.

O grande debate atual que circunda o instituto das patentes constitui-se em avaliar se existe um equilíbrio a ser alcançado entre a área da inovação e tecnologia sob o regime jurídico da proteção de patentes e o direito de acesso aos produtos patenteados de forma que possibilite a disponibilização para a maioria das pessoas que precisem deles.

Com o processo de internacionalização do capital, as empresas transnacionais ganham relevância e passam a definir e subjugar os destinos da economia mundial, em que o direito dentro da sua soberania nacional perde espaço e tende a se adaptar aos interesses supranacionais, os quais se sobrepõem aos interesses internos dos Estados, especialmente quanto aos países em desenvolvimento que ainda não possuem os seus parques tecnológicos desenvolvidos e nem competitivos. Diante desse processo de internacionalização a tutela jurídica da propriedade industrial deixa de ser tratada no âmbito dos espaços nacionais e passam a ser regulamentadas por Acordos e Convenções Internacionais²³¹.

Com o propósito de equacionar esse embate e fornecer subsídios para ampliar o acesso aos medicamentos nos países membros, a Organização Mundial da Saúde instituiu a Comissão de Direitos de Propriedade Intelectual, Inovação e Saúde Pública. Portanto, faz-se necessário uma atuação dentro do panorama incutido pela dignidade da saúde pública, ou seja, efetivar as recomendações feitas pela OMS aos países membros quanto à inclusão e utilização de todas as flexibilidades previstas no acordo TRIPS, bem como a exclusão do TRIPS-Plus²³².

2010, p. 18.

²³⁰ TYBUSH; IRIGARAY, 2017, p. 77.

²³¹ GIOVANNETTI, 2002, p. 55.

²³² *Ibid.*, p. 56.

No que diz respeito às ferramentas utilizadas no livre comércio, é fundamental capacitar os agentes públicos estatais para atuar na seara de negociação e nos processos de implementação desses acordos, como também desenvolver estudos sobre o impacto do regime jurídico das patentes no acesso aos medicamentos dentro do marco da dignidade da pessoa humana, a fim de identificar as experiências e estratégias que os países signatários vêm adotando na busca de um equilíbrio responsável e digno, com o intuito de compartilhar e implementar as soluções positivas aplicadas para minimizar os impactos negativos²³³.

A autora sintetiza os entendimentos doutrinários que justificam o sistema de patentes pelos benefícios e vantagens que este sistema promove numa dada sociedade: **a)** promover e tutelar o direito do autor/inventor; **b)** promover o desenvolvimento tecnológico e científico; **c)** proteger a indústria. Contudo, verifica-se um descompasso gerado pelo sistema de patentes, tendo em vista que existe uma relação que não se pode ignorar, isto é, ocorrência de exacerbadas vantagens para os países detentores dos direitos patenteáveis e a absorção de riscos que impedem o desenvolvimento industrial tecnológico para os países periféricos²³⁴.

Os instrumentos de flexibilização atuais, como as licenças compulsórias, ainda não são socialmente suficientes. Portanto, é inegável que o sistema global de propriedade industrial apresenta certos conflitos, em benefício dos interesses de grandes empresas, quando, por exemplo, concede um monopólio operacional extremamente longo, ou minimiza as possibilidades legislativas de concessão de licenças compulsórias ou similares. Prorrogar a proteção por vinte anos não parece razoável, já que atualmente uma empresa dificilmente oferece um retorno econômico distribuído por um período de tempo tão longo. Denota-se os efeitos do patenteamento no desenvolvimento de biotecnologias, no acesso a medicamentos contra a falta de incentivos à pesquisa pública, em um cenário em que as doenças são ignoradas e a globalização do mercado permite maior acesso de produtos a todas as partes²³⁵.

A entrada de medicamentos no mercado foi facilitada pelo abrangente acesso

²³³ CHAVES, Gabriela Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; HASENCLEVER, Lia; MELO, Luiz Martins de. A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 257-267, fev. 2007, p. 72.

²³⁴ GIOVANNETTI, 2002, p. 2.

²³⁵ TYBUSH; IRIGARAY, 2017, p. 77.

dos consumidores por meio de novas tecnologias. Acontece que, embora os consumidores tenham se tornado globais, os fornecedores dos produtos farmacêuticos ainda estão restritos a um pequeno grupo de indústrias pertencentes aos países com alto grau de desenvolvimento com grande poder econômico. O domínio econômico repercute diretamente no acesso à tecnologia farmacêutica. Este conflito caracteriza-se como efeito de uma das mais severas violações dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, resultando, assim, no não reconhecimento da existência do ser como pessoa humano, como sujeito de direito e, neste caso, configura-se violado o direito supremo a dignidade da pessoa humano e o direito à vida²³⁶.

A propriedade industrial, interpretada sobre o filtro constitucional, encontra-se subordinada ao princípio da função social que, neste caso particular, deve se conformar com as especificidades desse tipo característico de propriedade. Para que o direito de propriedade industrial, materializado pelas patentes, cumpra o princípio da função social, ele deve ser exercido com um propósito específico e fundamental, qual seja, promover o desenvolvimento tecnológico, social e econômico do país e, em consonância com os princípios e as normas constitucionais. Assevera-se, a função social da propriedade industrial concretiza-se quando a relação do regime jurídico do privilégio industrial assume e promove o seu dever de criar e instruir a coletividade, promovendo o desenvolvimento tecnológico, social e econômico do país e a proteção da criatividade inventiva²³⁷.

Desse modo, os interesses representados unicamente pela lógica do mercado devem, por sua vez, estar subordinados aos interesses da sociedade na busca de um equilíbrio no sistema de patentes. No entanto, o sistema de propriedade industrial tornou-se mais ativo, movido por interesses de mercado. O regime de proteção da propriedade industrial encontra-se regulamentado por meio de um modelo inaugurado pelo TRIPS/GATT, que não permite um equilíbrio específico entre interesses comunitários e monopolistas. Embora o texto constitucional de 1988 tenha rompido com a noção clássica e individualista do direito de propriedade, que passou a ser subordinada ao princípio da função social, existe uma grande distância entre os primados constitucionais que deveriam funcionalizar os direitos de propriedade industrial e a regulamentação baseada em Acordos e Tratados Internacionais que

²³⁶ TYBUSH; IRIGARAY, 2017, p. 70.

²³⁷ GIOVANNETTI, 2002, p. 44.

reproduzem os interesses hegemônicos dos países desenvolvidos²³⁸.

Comitê de direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Nações Unidas anunciou direitos de patente devem respeitar sua função social, de acordo e, que qualquer regime de propriedade intelectual que torne difícil para um Estado parte cumprir suas obrigações fundamentais, em particular no que diz deferência à saúde alimentação e educação, ou qualquer outro direito previsto no convênio é incompatível com as obrigações legais obrigatórias desse Estado Parte. Além disso, as Nações Unidas adotaram uma resolução solicitando governos a implementar, em suas legislações nacionais e políticas públicas, medidas que visem proteger a função social da propriedade intelectual, manifestando obviamente que os direitos de patente não são um fim em si, mas um meio para alcançar o desenvolvimento econômico, social e tecnológico. Portanto, consiste em um dever do Estado não apenas reconhecer o direito de usar as salvaguardas, mas também o dever de as usar para promover o direito humano à saúde²³⁹.

O Brasil possui o maior mercado farmacêutico público do mundo. A forma preferencial para os laboratórios mundiais operarem no país é por meio de tratados internacionais que acabam por obrigar o desenvolvimento de leis em nossos ordenamentos jurídicos internos que visam não apenas proteger as patentes, mas também promover sua exploração local. A indústria brasileira tende a desaparecer porque o sistema foi construído como uma arapuca, em que se baseia no compartilhamento de conhecimento, mas que efetivamente não fornece nenhum avanço tecnológico. Disseram-nos que o melhor para o Brasil são patentes e proteção²⁴⁰.

No Brasil, a lei de patentes é vendida para a sociedade com a ideia de que proteção significa desenvolvimento. Isso não é verdade! No Brasil, a tecnologia ajuda no desenvolvimento e todos precisamos de tecnologia. Quando os acordos de propriedade intelectual eram assinados, apenas duas figuras jurídicas eram importantes na época: contratos e propriedade. Sendo assim, o termo propriedade

²³⁸ GIOVANNETTI, 2002, p. 55.

²³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. **A Revisão da Lei de Patentes inovação em prol da competitividade nacional**. Relator: Newton Lima. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013, p. 66.

²⁴⁰ FONTES, André Ricardo Cruz. O Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio - ADPIC (TRIPS) e os conhecimentos tradicionais. In: NUNES, Claudia Ribeiro Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes; RABELO, Leonardo (orgs.). **Diálogos em direitos humanos, questões regulatórias em biotecnologia, biodireito e temas interdisciplinares: estudos em homenagem ao Prof. Pedro Diaz Peralta**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 1-13, p. 1.

acabou não sendo colocado em discussão em toda a sua complexidade, uma vez que os direitos de propriedade intelectual como propriedade deveriam ter uma função social. No entanto, descobriu-se que o objetivo era puramente para fins de proteção e o equilíbrio necessário entre desenvolvimento e proteção, mas a promoção do desenvolvimento não foi alcançada quanto aos países em desenvolvimento. O desenvolvimento tecnológico é o que interessa ao Brasil. Os países ricos estão cada vez mais interessados em manter suas patentes porque estão em uma fase pós-industrial com sua base tecnológica totalmente consolidada, e eles não querem indústrias sujas em seus países. Os países ricos almejam ter laboratórios que pagam caro, recebam dinheiro, royalties e patentes de todo o mundo e uma indústria suja fora de seu território. E o Brasil seria um desses países. Apesar de todas as proteções previstas na legislação brasileira, o Brasil ainda é considerado um país pirata nos Estados Unidos²⁴¹.

André Fontes pontua que o acordo TRIP foi assinado sob pressão dos Estados Unidos e, que se tivesse sido feito um acordo único com os norte-americanos, acabaria sendo mais barato para o Brasil. Nesse sentido, vale destacar o fenômeno denominado contratualização de leis, que faz com que os países no poder pressionem outros países por meio de organizações internacionais imponham regras internas sobre eles. No Brasil, as patentes estrangeiras continuam legalmente protegidas, inclusive com a prorrogação das patentes por mais vinte anos. É preciso muito esforço para quebrar esse ciclo²⁴².

Cada vez mais os pedidos de depósito de patente são frequentemente caracterizados por inovações incrementais que não atendem aos pré-requisitos de novidade. Ou seja, patentes que não cumprem a função social da propriedade intelectual para promover o desenvolvimento do país. No entanto, o setor de saúde está lutando em um ambiente em que os detentores de patentes estão constante e vigorosamente tentando desacelerar e interromper a produção e liberação de genéricos no mercado. Essa prática, além de dificultar o acesso da população aos medicamentos, impede a fabricação local desses medicamentos e o desenvolvimento do complexo industrial da saúde. Resultado da precoce internalização do TRIPS no Brasil que não se atentou ao fato de que o complexo industrial da saúde da época não era suficientemente desenvolvido e educado para justificar a concessão de patentes

²⁴¹ FONTES, 2017, p. 1.

²⁴² *Ibid.*, p. 3.

farmacêuticas²⁴³.

Assim, após o TRIPS, em nível nacional e internacional, pode-se notar que o acordo com tais condições teve consequências negativas no campo da saúde pública, especialmente nos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, embora tenha sido prevista flexibilidade para adaptá-los aos novos padrões de proteção da propriedade intelectual. No Brasil, devido à internalização do acordo com a eliminação do prazo máximo de dez anos para adequabilidade da legislação nacional, os efeitos foram ainda mais severos. A esse respeito, deve-se pontuar que, mesmo os países desenvolvidos, que pregam a proteção dos direitos de patente, por muitos anos apresentaram restrições ao patenteamento de produtos farmacêuticos, com o objetivo de garantir o desenvolvimento da indústria nos seus respectivos países. Somente quando o parque industrial farmacêutico local apresentava desenvolvimento consolidado e produção efetiva é que esses países promoveram a abertura de questões patenteáveis em produtos e processos para a saúde²⁴⁴.

Muitos países desenvolvidos buscam ativamente ampliar os seus interesses comerciais de suas corporações multinacionais. Argumentam que a provisão do TRIPS consiste no padrão mínimo de proteção e legitimam que a aceitação dos termos do TRIPS-Plus se faz necessária para garantir uma proteção mais eficaz de suas propriedades intelectuais. Na maioria das vezes, trata-se de medidas para fortalecer os direitos de propriedade intelectual, ou seja, para oferecer proteção precisa além dos padrões e regras estabelecidos pelo TRIPS²⁴⁵.

O problema das cláusulas do TRIPS-Plus pelos países menos desenvolvidos reside justamente no seu desenvolvimento. Isso porque a aceitação de tais dispositivos muitas vezes limita e até dificulta a flexibilização dos acordos relativos aos PEDs, afetando o investimento destes últimos no desenvolvimento científico, econômico e tecnológico. Tem sido prática comum que as medidas TRIPS-Plus sejam negociadas e implementadas por meio da assinatura de acordos bilaterais e acordos de livre comércio, geralmente propostos por países desenvolvidos que buscam proteção efetiva de seus direitos comerciais. Entre as medidas TRIPS-Plus mais usuais presentes neste tipo de contrato estão as barreiras ao uso de salvaguardas como execução, renovações de patentes, licenças compulsórias e importações

²⁴³ BRASIL, 2013, p. 623.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 623.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 621.

paralelas. Estas são flexibilidades importantes para a implementação da política de saúde pública, especialmente no que diz respeito ao acesso a medicamentos²⁴⁶.

Em países menos desenvolvidos, onde não há parques industriais de saúde desenvolvidos localmente. Uma vez engajados por meio de acordos bilaterais e acordos de livre comércio, os países em desenvolvimento correm o risco de sanções comerciais e outras medidas de retaliação. Apesar de as cláusulas do TRIPS-Plus terem sido incorporadas aos documentos internacionais, o que por si só coloca em risco os países em desenvolvimento de usar as flexibilidades fornecidas pelo TRIPS, a falta de uma estrutura legal que estabeleça a aplicação das salvaguardas também é um problema no futuro²⁴⁷.

O fato é que a efetiva aplicação de salvaguardas, como licenças compulsórias e importações paralelas, depende da internalização, ou seja, da previsão da legislação nacional dos países incluindo a definição das condições e procedimentos necessários. Como muitos países em desenvolvimento não contemplam em sua legislação interna a possibilidade de aplicar determinadas salvaguardas, impede-se a utilização de instrumentos que visam proteger políticas de saúde e garantir o acesso a medicamentos em detrimento dos avanços tecnológicos, industriais e econômicos²⁴⁸.

Por outro lado, embora as condições e os procedimentos para a aplicação das salvaguardas estejam previstos na legislação nacional, outro fator que tem dificultado a implementação dessas medidas está relacionado à baixa capacitação tecnológica e produtiva necessária para implementar certas flexibilidades, entre elas a licença compulsória²⁴⁹.

Para os países em desenvolvimento, o detentor de patentes pode representar problemas significantes. As empresas multinacionais frequentemente patenteiam suas inovações em muitos países. No entanto, a busca por lucros e a manutenção do sistema de patentes tem levado essas empresas a produzirem essas inovações em poucos países (ou em muitos casos em apenas um) ou em mercados onde são exclusivamente patenteadas, em que como inexistente produção são distribuídos por importação. Em mercados importados, o preço do produto costuma ser mais alto, reduzindo o número de consumidores que têm acesso à inovação. A maior

²⁴⁶ BRASIL, 2013, p. 623.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 623.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 623.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 621.

consequência desse problema, porém, é que os países importadores perdem a oportunidade de desenvolver suas próprias indústrias. Como resultado, muitos países em desenvolvimento estão pressionando as grandes empresas para produzir inovações apoiadas por patentes em seus próprios países ou sujeitá-las a licenças compulsórias²⁵⁰.

É importante lembrar que, mesmo no caso de execução de licença, o pagamento de *royalties* pelo uso de um medicamento patenteado, ou seja, há contrapartida financeira aos medicamentos garantidos por aquela patente. Um exemplo disso é o caso dos remédios para AIDS no Brasil, o governo pressionou as empresas farmacêuticas com patentes para que reduzissem o preço dos medicamentos, contudo a pressão não deu certo. O Brasil recorreu ao instituto das licenças obrigatórias, com pagamento dos royalties, e a produção dessas drogas foi levada para o Brasil. No entanto, para que a pressão de redução de preços seja efetiva, a ameaça de licenciamento forçado deve ser crível, ou seja, o país deve ser capaz de produzir inovação internamente, o que impede muitos países em desenvolvimento de fazê-lo²⁵¹.

Finaliza-se a pesquisa apresentando o instituto das patentes pipeline e como a inserção desse mecanismo vai em desconcontro com a função social que por imperativo constitucional deve informar a propriedade na busca de justiça social e no cumprimento do bem-estar coletivo, como também se apresenta os efeitos decorrentes no acesso aos medicamentos pela sociedade.

As patentes pipeline possuem sua origem relacionada com as situações de proteção industrial de produtos em que a antiga lei das patentes não autoriza e, que atualmente permitem que desfrutem da proteção patentária. É uma criação que permite pedidos de patentes ao Instituto de Propriedade Industrial (Inpi) que não foram depositados ou depositados e posteriormente indeferidos ou mesmo realizados apenas em países estrangeiros. Agora é necessário proceder o pedido ou converter o pedido em patente pipeline ou revalidação, respectivamente. Este instrumento foi construído para solucionar o problema da legislação anterior, especificamente o artigo 9º, “b” e “c” da lei 5.772/71, atualmente revogada no Brasil, em que o depósito de patentes nas áreas tecnológicas (alimentícia, farmacêutica e química

²⁵⁰ BEMVINDO, 2010, p. 18.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 18.

produtos) não gozavam de proteção patentária²⁵².

O ponto central a ser discutido referente às patentes pipeline é que essa "revalidação" das patentes emitidas no exterior é baseada apenas em uma análise formal, ou seja, não são objetos de verificação os critérios desenvolvidos e exigidos pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (Inpi), que é a entidade responsável por essa análise. Essas invenções foram depositadas em outros países. As informações pertinentes a essas patentes já se encontravam publicadas em revistas de propriedade industrial e outros meios de comunicação e quando buscavam depositar no Brasil, o pré-requisito exigido de novidade (princípio da novidade absoluta) não se fazia mais presente, pois as informações já tinham caído em domínio público. Com a introdução do instrumento das patentes pipeline, conseqüentemente, muitos medicamentos que não conseguiriam ser protegidos no Brasil passaram a ostentar a capacidade de usufruir da proteção patentária²⁵³.

Tal sistema se mostra desassociado com a função social que deve estar presente na propriedade industrial, como também danoso ao implemento das políticas referentes à saúde pública no Brasil. Os artigos 230 e 231 da lei de Propriedade Industrial conferem legitimidade jurídica para o reconhecimento das patentes pipelines no Brasil, excepcionando a exigência constitucional do primado da novidade que deve circundar o pedido de proteção patentária. No entanto, ressalta-se que esse instrumento, que dispensa o princípio da novidade, se mostra prejudicial à saúde pública, pois ao permitir a exploração de um produto por um único produtor (titular da patente), não se produz a livre concorrência devido ao alto valor do medicamento uma vez que não satisfizer o interesse da sociedade no país²⁵⁴.

Com o advento do sistema de patentes pipeline surgiram situações específicas, como quando algo novo é adicionado ao produto e passa a ser considerado diferente, ou, com relação ao abandono do pedido feito no exterior e é refeito no Brasil, o que resulta na geração de novas datas e prazos, tendo em vista que um depósito realizado no país está subordinada ao depósito feito no país de origem o Inpi interpreta que o prazo deve começar a partir do primeiro depósito, já a indústria farmacêutica se

²⁵² SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Bruna Fernandes. Os medicamentos e as patentes pipeline convergências e distanciamentos entre a ordem jurídica constituição brasileira e as previsões estrangeiras. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, ano 4, n. 8, p. 141-180, jul./dez. 2016, p. 153.

²⁵³ *Ibid.*, p. 157.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 158.

defende dizendo que o prazo deve começar a partir do último pagamento²⁵⁵.

O Supremo Tribunal de Justiça no REsp.731.101.- RJ decidiu em 28 de abril de 2010 que ordenamento jurídico brasileiro protege medicamentos patenteados pelo sistema pipeline pela duração residual da patente original, a partir do primeiro depósito no exterior, independentemente da data de conclusão do processo daquela solicitação. A constitucionalidade dos artigos 230 e 231 da lei 9.279/96 estão sendo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.234, por considerá-los contrários aos preceitos constitucionais. Reconhecida a inconstitucionalidade resultará no desaparecimento da patente do pipeline do ordenamento jurídico brasileiro e na conversão em forma genérica de medicamentos ainda protegidos sob a tutela das pipelines, beneficiando o acesso ao direito à saúde que se constitui de extrema importância, conforme se visualiza nos diversos dispositivos da Constituição da República de 1988, como o artigo 3º, que trata dos fundamentos da República Federativa do Brasil²⁵⁶.

A polêmica envolvendo as patentes pipeline gira em torno de se tratar de uma invenção dos legisladores brasileiros e não constarem equivalentes nas disposições do acordo TRIPS. Ela surgiu com o intuito de proceder a revalidação de patentes já existentes no exterior no Brasil²⁵⁷.

Ocasionalmente, assim, na atualidade, que vários medicamentos que poderiam ser comercializados na forma genérica não são, por contarem com uma proteção extraordinária que prolonga o pagamento de altos royalties aos detentores de patentes. Deve-se atentar, que o fato de que a patente pipeline remove o pré-requisito de novidade cria um retrocesso social ao permitir a patenteabilidade de medicamentos que já podem estar na lista de genéricos. Como resultado das patentes pipeline gera um déficit na balança comercial do Brasil, isso se explica pelo fato de que a existência desse tipo de patente proíbe a produção de medicamentos em parques industriais nacionais. O que, se permitido, pode gerar renda benéfica e maior desenvolvimento de pesquisas nacionais. Por outro lado, as indústrias farmacêuticas que detêm os registros dessas patentes pipeline argumentam que esse mecanismo de proteção permite para um melhor e um contínuo desenvolvimento dos

²⁵⁵ SIQUEIRA; ALVES, 2016, p. 158.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 157.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 157.

medicamentos²⁵⁸.

Diante dos embasamentos ofertados, faz-se necessário que a indústria farmacêutica assuma a sua responsabilidade social. Não há restrição que obtenham retorno financeiro de suas pesquisas e investimentos, o que se questiona é a prática de uma política que se funda em lucros excessivos. A indústria farmacêutica e os Estados têm uma responsabilidade conjunta a esse respeito. Os Estados têm a obrigação de garantir o direito de acesso à saúde para todos por meio de programas estatais. Ademais, os Estados mais desenvolvidos que são monopolistas industriais devem apoiar o crescimento dos outros para não permitir a introdução de regramentos não previstos no acordo TRIPS e que atentem contra o direito fundamental à saúde²⁵⁹.

O mesmo acordo trata do assunto no artigo 7, que exige a promoção do bem-estar econômico e social. Uma das responsabilidades do Estado é garantir o atendimento à saúde da população em geral e sem diferenças, portanto consiste em um dos deveres do Estado a disponibilização de medicamentos de qualidade para todos e em quantidade suficiente, ou seja, o direito à saúde não se tornar refém e nem inferior à proteção dos direitos de propriedade intelectual²⁶⁰.

O artigo 43 da Lei de Propriedade Industrial prevê uma exceção legal muito importante envolvendo farmácias de manipulação. Elas podem manipular medicamentos prescritos por médicos protegidos por patentes para casos individuais amparados em uma total proteção legal. Na verdade, as drogarias de manipulação estão sob muita pressão do setor industrial farmacêutico, aparentemente por razões econômicas, já que os medicamentos de manipulação têm preços muito mais baixos do que os medicamentos industriais²⁶¹.

No entanto, a indústria farmacêutica não precisa se preocupar muito com essa questão, já que a quantidade de medicamentos manipulados produzidos é significativamente menor do que a dos medicamentos industrializados. Convém ressaltar que não há espaço para debater a adequação dessa exceção, já que existe uma previsão legal sustentada sobretudo em dispositivos constitucionais como o direito à vida e à saúde e à saúde coletiva²⁶².

O caso emblemático que demonstra o abuso do poder econômico das

²⁵⁸ SIQUEIRA; ALVES, 2016, p. 161.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 168.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 168.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 171.

²⁶² *Ibid.*, p. 157.

indústrias farmacêuticas ocorreu nos Estados Unidos quando o senhor Martin Shkreli, fundador farmacêutica *Turing Pharmaceuticals* adquiriu os direitos de produção do medicamento Daraprim, que custava US\$ 13,50 o comprimido e elevou o preço para US\$ 750 (aumento de aproximadamente 5.455 %) denunciou o *The New York Times*. A droga desenvolvida na década de 1940, foi produzida para tratar a toxoplasmose, uma infecção rara e especialmente perigosa que pode ser fatal em bebês e adultos com sistema imunológico enfraquecido (como aqueles com AIDS avançada ou em tratamento de câncer). Ocorre que não houve alteração em sua composição que justifique o aumento exorbitante do preço comercial do Daraprim, o que deve torná-lo indisponível para instituições com menor poder aquisitivo. A *Infectious Diseases Society of America* e a *US HIV Medicine Association* enviaram uma carta aberta conjunta à *Turing Pharmaceuticals*, protestando que o aumento súbito e estratosférico do preço do Daraprim era injustificado para a população medicamente vulnerável e também insustentável para o sistema de saúde. *Sherkely* disse à *Bloomberg News*: "Necessitamos desse medicamento para ganhar dinheiro"²⁶³.

Ele também observou que o desenvolvimento de novas versões do medicamento requer grandes investimentos e que o preço antigo do Daraprim está desatualizado. A prática de aumentos abusivos dos medicamentos no mercado dos Estados Unidos está se tornando cada vez mais recorrente. Por exemplo, *Sherkely* já havia aumentado o preço do medicamento para doença renal rara (Thiola) em 2.000%; com a aquisição pela *Rodelis Therapeutics*, a cicloserina - que é um medicamento utilizado para tratar a tuberculose resistente, teve seu preço aumentado de \$ 500 (30 comprimidos) para \$ 10.800 - a empresa justificou dizendo que o aumento é necessário para que ela possa investir mais e assim poder garantir o fornecimento do medicamento; a *Valeant* (uma das maiores empresas farmacêuticas dos Estados Unidos comprou dois medicamentos (Isuprel e Nitropress) para doenças coronarianas e elevou o valor em 525% e 212%, respectivamente²⁶⁴.

O Acordo TRIPS também criou algumas disposições transitórias para alinhamento com o novo regime global de propriedade intelectual, levando em consideração o nível de desenvolvimento de cada estado membro. Assim, os países

²⁶³ HASENCLEVER, Lia *et al.* O instituto de patentes Pipeline e o acesso a medicamentos: aspectos econômicos e jurídicos deletérios à economia da saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 11, n. 2, p. 164-188, 2010, p. 171.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 171.

em desenvolvimento que não reconheciam patentes de produtos e processos farmacêuticos, entre outros, deveriam fazê-lo até 2005²⁶⁵.

Enquanto isso, foi determinado que os países que desejam usar o referido processo de transição devem estabelecer um mecanismo interno para a aceitação de pedidos de patentes nesses campos após a entrada em vigor do TRIPS em 1º de janeiro de 1995. Esses pedidos somente seriam objeto de análise, após o período transitório, a data do pedido é mantida no seu país de origem e é observado um período de um ano de antecedência. Esse mecanismo ficou conhecido como Mailbox e tinha como objetivo proteger as empresas que solicitam patentes em países onde já havia proteção nessas novas áreas²⁶⁶.

O Brasil procurou cumprir o TRIPS aprovando a lei 9.279/96 (LPI). As mudanças significativas do novo sistema nacional de proteção à propriedade industrial, foi a extensão da patenteabilidade a todas as áreas do conhecimento, incluindo a indústria farmacêutica²⁶⁷.

É significativo notar que o legislador brasileiro decidiu não implementar integralmente o período de transição concedido pelo TRIPS e inclusive foi além da exigência de incluir dispositivos de Mailbox temporárias, com as chamadas patentes pipeline (Art. 230 e 231 da lei 9.279/96) que consiste em um instrumento temporário pelo qual eram aceitos depósitos de patentes em campos tecnológicos não reconhecidos anteriormente no Brasil, desde que os produtos não fossem vendidos em nenhum mercado ou que fossem feitos empenhos efetivos para explorá-lo localmente no país²⁶⁸.

Ao contrário do Mailbox, a patente pipeline possibilitava que os pedidos fossem depositados fora do período de prioridade e não exigiam análise técnica do pedido de patente no Brasil, sendo que a aceitação de tais pedidos estava vinculada apenas a uma decisão favorável à patenteabilidade no país onde o pedido foi apresentado primeiro. Foram depositados 1.182 pedidos de patente com base nas patentes pipeline, constando entre os pedidos de patentes diversos medicamentos considerados essenciais ou indispensáveis na área da saúde pública. Já os depósitos cujos inventores eram nacionais não estavam sujeitos a esse benefício,

²⁶⁵ HASENCLEVER *et al.*, 2010, p. 171.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 167.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 171.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 167.

isto é, o exame deveria ser feito normalmente levando-se em consideração os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial²⁶⁹.

Com efeito, as patentes pipeline não significam bem-estar adicional para a sociedade, vez que não incentiva novos investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D), como também não agregam novos conhecimentos à sociedade. Apenas protege os investimentos anteriores em pesquisa e desenvolvimento que já foram feitos e não precisam ser incentivados novamente. Da mesma forma, o conhecimento já foi difundido, ou seja, não fornece benefícios para o país²⁷⁰.

Em verdade, reduz o bem-estar econômico da sociedade em geral, favorecendo apenas a indústria farmacêutica. Torna-se evidente que as patentes pipeline vão contra a natureza econômica do instituto de patentes, pois resta para o país apenas os preços elevados dos produtos protegidos. As patentes pipeline podem ser interpretadas como uma medida irracional do uso de recursos públicos brasileiros que poderiam estar sendo utilizados para comprar outros medicamentos ou investir em P&D²⁷¹.

Apresenta-se como exemplo de medicamento protegido pelo sistema de patentes pipelines: o mesilato de imatinib, vendido sob a denominação Glivec (Novartis) sendo utilizado para tratar a leucemia mielóide crônica (patente do princípio ativo data de 1992), o custo do tratamento no país em 2006 foi de aproximadamente R\$ 10.000 por paciente por mês, embora existam opções de produtos genéricos que custam menos de US\$ 200 por paciente por mês²⁷².

Olanzapina, ziprasidona, atorvastatina, donepezila e leflunomida são outros exemplos de produtos que constam da lista de medicamentos de alto custo fornecidos pelo Ministério da Saúde. Todos têm versões genéricas disponíveis no mercado internacional a preços mais baixos, sendo a olanzapina o caso mais simbólico: o custo do tratamento por paciente por mês no Brasil (cerca de R\$ 1.800,00) chega a ser 60 vezes maior que o genérico indiano (cerca de R\$ 30,00). Consequentemente, fica claro que as patentes do pipeline favorecem especialmente os detentores de patentes, enquanto o governo paga preços altos que prejudicam o bem-estar da

²⁶⁹ HASENCLEVER *et al.*, 2010, p. 170.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 171.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 172.

²⁷² *Ibid.*, p. 171.

sociedade²⁷³.

Conclui-se este capítulo da pesquisa apontando que o problema de acesso aos medicamentos de alto custo constitui-se de extrema complexidade, em que não basta apenas uma tutela pelo Poder Judiciário que venha garantir o direito ao acesso ao remédio que reestabeleça a dignidade do paciente. Mas sim, que se trata de uma questão multidisciplinar, em que se visualiza uma forte pressão da indústria farmacêutica em endurecer o regime de patentes além dos firmados internacionalmente. Como também, da falta de estrutura estatal em garantir, até mesmo, os medicamentos de saúde básica, em que os pacientes têm que se valer do judiciário para ter acesso a medicamentos considerados simples.

²⁷³ HASENCLEVER *et al.*, 2010, p. 178.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dissertação buscou investigar a relação dos medicamentos de alto custo e o seu acesso ao indivíduo infligido por doenças graves. Um dos maiores desafios da humanidade sempre foi controlar, reduzir o impacto ou eliminar o sofrimento causado pelas doenças.

A pesquisa foi permeada por diferentes perspectivas para alcançar e fomentar o debate em torno da problematização proposta na introdução da dissertação se dentro do panorama da força normativa constitucional seria possível admitir uma limitação do acesso ao fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público com base na teoria da reserva do possível cotejada com a garantia do mínimo existencial ou deve-se ampliar o debate e buscar algumas das razões em que a indústria farmacêutica se fundamenta para o valor excessivo dos medicamentos, e se elas atendem ou não o princípio da função social que alicerça o ordenamento jurídico nacional no marco do Estado Constitucional?

No desenvolvimento do trabalho foi perquirida diferentes hipóteses para a problemática proposta, no entanto somente uma das hipóteses expostas na introdução dessa dissertação se mostrou adequada no oferecimento de conclusões consistentes de forma assertiva para ampliar o debate quanto ao acesso dos medicamentos de alto custo ao indivíduo. Demonstrou-se no decorrer da pesquisa que o indivíduo deve ser compreendido como detentor de uma proteção integral que se insere dentro de uma rede protetiva que congrega a saúde como direito humano, direito fundamental e direito da personalidade, em que essa rede integral protetiva fornece os atributos que identificam e qualificam de forma completa o indivíduo que necessita de medicamentos de alto custo como ser humano individualizado que recai no centro das preocupações do ordenamento jurídico informado pelo paradigma da força normativa constitucional e da dignidade da pessoa humana, na qual a Constituição reverbera seus ditames constitucionais por todo o sistema jurídico. A hipótese que se observou mais consolidada a superar e quebrar as premissas que a jurisprudência de forma preponderante elegeu como a única forma de se discutir a problemática ora exposta, estaria quase que exclusivamente restrita a aplicação dos direitos sociais à saúde de forma ponderada com os princípios da reserva do possível, do mínimo existencial e da proibição do retrocesso social foi a hipótese 4 exposta na introdução, qual seja: O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos de alto

custo deve ser compreendido como uma problemática que reverbera em diversas áreas, ou seja, deve-se ampliar o debate buscando dentro de um círculo protetivo que congregue a saúde como direito humano, direito fundamental e direito da personalidade, e conseqüentemente se faz necessário discutir a função social das patentes de medicamentos que guarnecem a indústria farmacêutica.

A dissertação se desenvolveu em 3 capítulos, em que se procurou trilhar o caminho de forma completa para compreender a dimensão da problemática que envolve os medicamentos de alto custo e o seu acesso ao ser humano, partindo de uma construção teórica ampla sobre a formação do Estado Constitucional e o fortalecimento do Poder Judiciário até as discussões sobre se o sistema protetivo que guarnecem a indústria farmacêutica atendem a função social da propriedade.

O primeiro capítulo dessa dissertação procurou construir uma base sólida para os debates aos quais a pesquisa visa se debruçar. Inicialmente, busca estabelecer a origem do protagonismo do Poder Judiciário dentro da teoria da formação do Estado. Ao longo do capítulo, verificou-se que o surgimento do Estado moderno se constituiu como consequência evolutiva da forma como se organiza e se manifesta o poder dentro da sociedade. Antes uma normatividade dispersa, depois com monopólio da produção jurídica e mais tarde a produção jurídica informada e submetida por valores constitucionais.

A presente pesquisa estudou que a formulação clássica da origem do Estado constante na maioria dos manuais de direito constitucional pátrio não se mostra suficiente para o desenvolvimento do estudo jurídico científico do fenômeno Estado. A dissertação buscou trabalhar com variados doutrinadores que desenvolvem a origem do Estado sob diversas perspectivas no intuito de alcançar os fundamentos centrais da manifestação deste fenômeno social jurídico e como repercute na sociedade contemporânea explorando o alcance que contribui para compreensão dos fenômenos jurídicos experimentados hodiernamente com o protagonismo do Poder Judiciário.

A origem do Estado remonta à formação do Estado moderno europeu, em que inicialmente não se tinha com clareza uma produção normativa concentrada fruto de uma única fonte de poder. Com o desenvolvimento da sociedade e da concentração do poder, restou definido o monopólio da produção jurídica, inaugurando-se, assim, o chamado Estado Legislativo.

A partir do momento em que o Estado Legislativo precisava evoluir para garantir

certeza e previsibilidade jurídica entrou em cena o Princípio da Legalidade que transmutou o Estado Legislativo em Estado de Direito.

Já o Estado de Direito viveu o seu apogeu na era das codificações e dos Estados Nacionais, contudo com a fomentação da sociedade por direitos que visassem diminuir as desigualdades sociais fez necessário o nascimento das Constituições modernas sociais que diante do paradigma da democracia moderna transformou o Estado em Estado Constitucional.

Com a estruturação do Estado, a partir dos textos constitucionais modernos em que estavam garantidos os direitos fundamentais e atribuíam ao Poder Judiciário a sua defesa e fiscalização, inaugura-se o chamado protagonismo do Poder Judiciário.

Com efeito, a evolução do Estado decorre progressivamente diante das demandas da sociedade. O Estado Constitucional elegeu o Poder Judiciário como guardião dos seus preceitos constitucionais mais caros da sociedade contemporânea. Portanto, a hipertrofia do Poder Judiciário resulta também em um judiciário ativo que, por vezes, interfere na seara de outros poderes, inclusive em temas políticos, gerando a judicialização da política. Em verdade, o fundamento de tal distorção entre os poderes é resultado da omissão ou apatia tanto do executivo quanto do legislativo, uma vez que o judiciário atua somente quando provocado.

O desafio para o futuro é trabalhar com um desenho flexível do princípio da separação de poderes que combine uma inter-relação fundada no diálogo entre os poderes para evitar o desgaste institucional que a judicialização da política causa no Poder Judiciário.

Analizou-se a construção dos direitos fundamentais clássicos e o caráter evolutivo dos direitos sociais como integrantes do sistema de proteção constitucional dos direitos fundamentais. Introduziu-se a construção dos direitos da personalidade dentro do marco da dignidade da pessoa humana. Buscou-se os fundamentos constitucionais modernos inspirados dentro do Estado Constitucional para se fornecer um aparato a ser operado pelo Poder Judiciário na proteção e promoção da tutela do ser humano diante da omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo conduzindo, assim, no protagonismo no século XX e XXI do direito judiciário.

Na pesquisa investigou-se a importância e as polêmicas da judicialização da política como demanda social, em que restou como legítima frente a estrutura fornecida pelas Constituições modernas dentro do Estado Constitucional.

No decorrer da escrita do trabalho, foram apresentadas manifestações do novo

papel do Poder Judiciário e também as omissões do Poder Executivo. Debateu-se as questões quanto à dignidade da pessoa humana e o acesso aos medicamentos podem atrair várias espécies de viés na busca por oferecer uma vida digna aos pacientes acometidos por doenças graves.

No segundo capítulo trabalhou-se com as Teorias da Reserva do Possível, do Mínimo Existencial, da Proibição de Retrocesso social, com o intuito de compreender como o Poder Judiciário utiliza dessa principiologia para buscar equilibrar a necessidade de alcançar a justiça social com os deveres com a responsabilidade estatal, para que uma dessas vertentes não venha a comprometer a outra, permitindo o aprimoramento do Estado Constitucional em fornecer a igualdade material para a sociedade alavancando a efetividade dos institutos constitucionais, em especial o direito à saúde no fornecimento dos medicamentos de alto custo. Trata-se de uma construção proveniente do direito comparado, isto é, no transplante de teses jurídicas formadas nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão.

Convém explicitar, que o transplante jurídico de fontes estrangeiras, em regra, consiste na transferência de uma teoria ou instituto jurídico estrangeiro de forma isolada do contexto a que pertence, em que não se observa as razões que permitiram e exigiram na sua criação e nem a função que atuava no ordenamento doador e apartada das características sociais e culturais em que operava. Consequentemente o transplante jurídico resta desnaturado na nova ordem jurídica em que deveria produzir seus efeitos, comprometendo tanto o resultado assemelhado esperado, como engessando a ordem jurídica nacional com soluções estrangeiras para problemas estrangeiros, despreocupado com um sério estudo comparatista de seus efeitos. O sucesso do empréstimo jurídico exige a não dissociação das diferenças culturais que informa o país receptor, isto é, transplante jurídico ausente do filtro da pesquisa comparativa, em regra tende ao fracasso. Maso resultado observado é que o direito deve trilhar o seu próprio caminho, em que a circulação jurídica faz parte do seu próprio amadurecimento, cabendo a cada país realizar suas próprias adaptações para o seu contexto cultural.

O judiciário vem demonstrando que a aplicação dos princípios mencionados, possibilita criar uma base e um padrão com a criação de requisitos que devem ser atendidos para oferecer soluções diante da demanda por medicamentos de alto custo. No entanto, a pesquisa busca adentrar e se aprofundar na problemática do acesso à saúde, em que se trabalha dentro de uma perspectiva de que o acesso aos

medicamentos compõe todos os círculos de proteção ao que o ser humano tem direito, isto é, a tutela deve ser encarada como um direito humano, como um direito fundamental e como um direito da personalidade.

No capítulo final foi abordada uma construção que fundamenta uma proteção integral da pessoa humana, especificadamente, dentro da problemática da pesquisa, ou seja, o direito à saúde ao acesso aos medicamentos de alto custo.

A pesquisa realizou uma busca por uma ampla proteção do ser humano, fundamentada no marco da dignidade da pessoa humana com uma incursão no direito geral da personalidade para compreender o direito à saúde além da promoção e tutela ofertadas dentro dos direitos sociais fundamentais, isto é, como uma manifestação direta e resultante dos direitos da personalidade, no intuito de ser preservado o livre desenvolvimento saudável da pessoa humana. Optou-se trabalhar com o direito geral da personalidade nesta fase da dissertação por uma questão metodológica para possibilitar uma melhor correlação dos direitos da personalidade com a proteção integral do direito à saúde no acesso aos medicamentos de alto custo.

Após ofertar os pressupostos teóricos que fundamentam o direito geral da personalidade, aprofundou-se na judicialização dos temas sensíveis da sociedade na atualidade, especialmente no campo da saúde e no acesso aos fármacos de elevado valor. Durante o desenvolvimento do capítulo, foram apresentadas as dificuldades que o Poder Judiciário enfrenta diante de dois valores essenciais, quais sejam: o direito à vida e os deveres estatais. Uma problemática que trabalha com uma relação em que o tempo se mostra crucial quando estar-se-á diante do bem mais precioso do ser humano (direito à vida), principalmente frente a demandas que envolvem medicamentos que visam garantir um mínimo de dignidade ao ser humano no enfrentamento das doenças que lhe infrinjam uma vida digna e saudável.

Importa ressaltar que, no capítulo anterior, fora apresentado o acesso aos medicamentos de alto valor sob o viés que o Poder Judiciário vem imprimindo com fundamento preponderantemente no princípio da reserva do possível, no princípio do mínimo existencial e no princípio da proibição do retrocesso social.

Na segunda parte do capítulo trabalhou-se o acesso aos medicamentos de alto custo sob uma perspectiva de causalidade, isto é, buscou-se compreender as razões e os fundamentos utilizados pela indústria farmacêutica para justificarem o alto valor dos remédios.

A dissertação identificou que os produtos farmacêuticos correspondem ao

gênero propriedade industrial e os medicamentos desenvolvidos pela indústria de fármacos encontram-se sob a tutela protetiva das patentes. Buscou-se compreender se a propriedade industrial se constitui ou não como espécie do gênero do instituto jurídico da propriedade geral e, em caso afirmativo, se repercute o paradigma do Estado Constitucional de Direito em que não pode se encontrar alheia aos influxos irradiantes da força constitucional diante dos ditames constitucionais que informam a propriedade. Isto é, a propriedade industrial não poderá ser entendida como um direito absoluto e individualista, mas sim que está sujeita ao movimento da funcionalização do direito, portanto deve ser exercida os seus direitos correspondentes de acordo com os primados socializantes e em consonância com a ética da função social do direito em prol da sociedade.

No desenvolvimento desta pesquisa observou-se que a propriedade industrial se enquadra dentro do gênero propriedade geral e, que deve atender a função social da propriedade. A questão sobre a propriedade industrial e sua relação com a função social consiste em um cenário de intensos debates na doutrina, vez que se trata de interesses contrapostos. A posição defendida por parte da doutrina, pela indústria farmacêutica, bem como pelos países desenvolvidos detentores da maioria das patentes sobre medicamentos é no sentido de que a função social da propriedade industrial está em consonância com os acordos firmados internacionalmente (ACORDO TRIPS) e, conseqüentemente na atual lei de propriedade industrial brasileira. E que a própria lei inseriu mecanismos que atendem ao predicado da função social, como por exemplo, o instituto da licença compulsória, a proteção de forma temporária que goza à patente, a possibilidade de produção de medicamento de forma manipulada. Já a posição defendida, principalmente pelos países em desenvolvimento e por grande parte da doutrina, consiste que a função social não pode ser limitada dentro de um rol estático, e que provém de acordos que não resultam de ampla margem de debate.

Conclui-se o terceiro capítulo abordando a questão mais problemática identificada pela pesquisa que se constitui na adoção pelo Brasil das patentes pipeline, que além de causar sérios danos econômicos ao país, verificou-se que se trata de um instituto dissociado com a função social, a qual deve permear o instituto da propriedade industrial. A patente pipeline é uma das grandes causas que influenciam diretamente o preço de medicamentos, que não deveriam contar com a proteção patentária e já poderiam estar disponíveis na forma de medicamentos

genéricos.

A dissertação trabalhou na construção de uma proteção integral do ser humano para que fosse capaz de se afastar dos preceitos utilizados pelo Poder Judiciário como os únicos que pudessem oferecer solução para o problema do acesso aos medicamentos de alto custo.

O resultado final da dissertação com o desenvolvimento da pesquisa foi de que o acesso aos medicamentos de alto custo revelou-se muito mais complexo do que somente se restringir à aplicação de princípios como os da reserva do possível, do mínimo existencial e da proibição de retrocesso social. Faz-se necessário ampliar o debate e alcançar a causa resultante dos altos valores que são cobrados pelos medicamentos.

Não é possível negar a importância da proteção que o sistema de patentes fornece ao desenvolvimento de pesquisa, bem como ao incentivo que gera na recuperação do investimento depositado na busca de novas tecnologias medicamentosas e na possível transferência de conhecimento quando a proteção patentária expira. No entanto, quando se adentra no campo da excelência da pessoa humana, principalmente em viver com dignidade, faz-se necessário que os institutos que protegem a propriedade industrial obedeçam e se conformem com o princípio da função social, pois não é possível admitir a permanência do instituto das patentes pipelines que apenas beneficiam as indústrias farmacêuticas e não oferecem qualquer contrapartida que guarneçam a sociedade.

E é com base em uma proteção integral do ser humano, que congregue dentro de uma perspectiva de direitos humanos, direitos fundamentais e do direito geral da personalidade, que o acesso aos medicamentos deve ser promovido, isto é, deve-se intensificar o debate para extirpar do ordenamento jurídico instrumentos que afastem a dignidade da pessoa humana do seu direito mais caro e essencial que é a garantia de viver, viver de forma digna.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

ACKERMAN, Bruce. **Transformação do Direito Constitucional**. São Paulo: Del Rey, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA, Evandro; COSTA, Thaís Cristina Alves. A concepção de dignidade humana em Ronald Dworkin: um problema de ética prática. **Revista de Filosofia**, Amargosa, v. 13, n. 1, p. 306-316, jun. 2016. Disponível em: <https://www3.ufrb.edu.br/seer/index.php/griot/article/view/683>. Acesso em: 7 fev. 2023.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. 2005. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos/tede/estefaniadto.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEMVINDO, Bernardo Soares Teixeira. **Um estudo sobre a relação entre gastos em P&D e patentes como indicador de eficiência inovadora na indústria farmacêutica**. 2010. 86 f. Monografia (Graduação em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/2513/1/BSTBemvindo.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2023.

BERTONCELLO, Franciellen. **Direitos da personalidade**: uma nova categoria de direitos a ser tutelada. 2006. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2006. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021795.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Introdução ao estudo do direito**: humanismo, democracia e justiça. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. **A Revisão da Lei de Patentes inovação em prol da competitividade nacional**. Relator: Newton Lima. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2013]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/seminarios/lancamento-patentes-9-10-13/a-revisao-da-lei-de-patentes>. Acesso em: 8 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768-DF**. Requerente: Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos. Requerido: Presidente da República e outros. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 19 de setembro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em: 7 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715-SP**. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso Mello, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/762513>. Acesso em: 8 fev. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coords.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CHAVES, Gabriela Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; HASENCLEVER, Lia; MELO, Luiz Martins de. A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 257-267, fev. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/7NYKhv9K9WKsncYPB4bkXL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 fev. 2023.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Fundamentos de direito constitucional**: novos horizontes brasileiros. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Andradina: Meraki, 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CONTINENTINO, Marcelo. Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, 11 abr. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 846-874, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809>. Acesso em: 7 fev. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313/172>. Acesso em: 7 fev. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Neoconstitucionalismo**. Cidade do México: Trotta, 2015.

FERREIRA, Versalhes Enos Nunes; LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. A judicialização pela dispensação de medicamentos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 1332-1362, 2020. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/502/601>. Acesso em: 8 fev. 2023.

FIGUEIREDO, Luciano Lima. **A função social das patentes de medicamentos**. 2008. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/12373/1/LUCIANO%20LIMA%20FIGUEIREDO.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2023.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: experiências históricas y tendencias actuales**. Roma: Trotta, 2000.

FONTES, André Ricardo Cruz. O Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio - ADPIC (TRIPS) e os conhecimentos tradicionais. In: NUNES, Claudia Ribeiro Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes; RABELO, Leonardo (orgs.). **Diálogos em direitos humanos, questões regulatórias em biotecnologia, biodireito e temas interdisciplinares: estudos em homenagem ao Prof. Pedro Díaz Peralta**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 1-13.

GARGARELLA, Roberto. Latin American constitutionalism: social rights and the “engine room” of the constitution. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, v. 4, n. 1, p. 9-18, 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=ndjicl>. Acesso em: 7 fev. 2023.

GIOVANNETTI, Thais Rezende. **O sistema jurídico de patentes e a função social**. 2002. 57 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Paraná, Curitiba, 2002. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/44908/M215.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 fev. 2023.

GODINHO, Jéssica Rodrigues; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Saúde: direito social ou direito da personalidade? **Revista Científica do UniRios**, v. 2, p. 214-229, 2020. Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2020/26/saude.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2023.

HABERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

HAILBRONNER, Michaela. Overcoming obstacles to North-South dialogue: transformative constitutionalism and the fight against poverty and institutional failure. **Verfassung und Recht in Übersee**, n. 49, n. 3, p. 253-262, 2016. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26160080>. Acesso em: 7 fev. 2023.

HARBELE, Peter. **Os problemas da verdade no estado constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

HASENCLEVER, Lia; LOPES, Rodrigo; CHAVES, Gabriela Costa; REIS, Renata; VIEIRA, Marcela Fogaça. O instituto de patentes Pipeline e o acesso a medicamentos: aspectos econômicos e jurídicos deletérios à economia da saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 11, n. 2, p. 164-188, 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13212>. Acesso em: 8 fev. 2023.

HIRSCHL, Ran, The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-753, 2006. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4205&context=flr>. Acesso em: 8 fev. 2023.

KAROLENSKI, Natália Regina; CARVALHO, Gisele Mendes de. Fundamentos dos Direitos da Personalidade sobre o Prisma Penal. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 13, n. 2, p. 513-539, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3103>. Acesso em: 9 fev. 2023.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa).

Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 7 fev. 2023.

LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Os parâmetros de ativismo judicial na conflituosa concessão de medicamentos de alto custo. **Cadernos do Programa De Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, v. 13, n. 1, p. 201-235, 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/80244>. Acesso em: 8 fev. 2023.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2000.

MACHADO, Isis Laynne de Oliveira. **Princípio da dignidade humana à luz da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e da Constituição brasileira**: estudo de caso: acesso a medicamentos não autorizados no País. 2017. 91 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/31413/1/2017_IsisLaynnedeOliveiraMachado.pdf. Acesso em: 9 fev. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES, Joyceane. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5456>. Acesso em: 9 fev. 2023.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV.

MONTEIRO, Renata Pozzato Carneiro. A função social da propriedade na Constituição da República de 1988 e a propriedade industrial. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 69, p. 23-30, mar/abr. 2004. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/29-30%20anos.pdf?d=637006210722285761>. Acesso em: 7 fev. 2023.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 115-130.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 106, p. 121-158, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941>. Acesso em: 9 fev. 2023.

NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. São Paulo: Almedina, 2015.

NOVAES, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra maioria. São Paulo: Almedina, 2009.

NOVAES, Jorge Reis. **Direitos sociais**. São Paulo: Almedina, 2015.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos e garantias fundamentais**. Curitiba: InterSaberes, 2021.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 9 fev. 2023.

PINTO, Ana Paula Gomes. Como a revalidação tem sido tratada no marco regulatório brasileiro? **Revista da EMARF**, Rio de Janeiro, p. 173-198, 2011. Disponível em: <https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistapinternet2011.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2023.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Juspodivm, 2021.

RUFFIA, Paolo Biscarretti di. **Introdução ao Direito Constitucional Comparado**. São Paulo: Almedina, 2015.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito privado**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. (orgs.). **Dimensões da dignidade**: ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 361-388.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais e o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Revista Direito Público**, v. 1, n. 2, p. 5-35, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1392>. Acesso em: 10 maio 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 20, p. 163-206, 1988. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5307223/mod_resource/content/1/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DE%201988%20-%20INGO%20WOLFGANG%20SARLET.pdf. Acesso em: 9 fev. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA, Raquel da Silveira Ambrozio. **Análise da judicialização da assistência farmacêutica no Rio Grande do Sul - a coletividade no banco dos réus**: uma avaliação da 7ª Coordenadoria Regional de Saúde. 2014. 94 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Ensino na Saúde) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em:

<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/106866/000944282.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9 fev. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, p. 541-558, 2005. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115-143.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Bruna Fernandes. Os medicamentos e as patentes pipeline convergências e distanciamentos entre a ordem jurídica constituição brasileira e as previsões estrangeiras. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, ano 4, n. 8, p. 141-180, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5613>. Acesso em: 9 fev. 2023.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242932/000936212.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 8 fev. 2023.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995.

STARCK, Christian. **Ensaio constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2021.

STORER, Aline; MACHADO, Ednilson Donisete. Propriedade Industrial e o Princípio da Função Social da Propriedade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2007, São Paulo. **Anais** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2007, p. 2320-2332. Disponível em: http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/aline_storer.pdf. Acesso em: 15 maio 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio : dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 194, p. 7-21, 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/22/browse?type=author&value=Streck%2C+Lenio+Luiz>. Acesso em: 9 fev. 2023.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23-58.

TYBUSH, Francielle Benini Agne; IRIGARAY, Micheli Capuano. A função social da propriedade intelectual: um olhar desde os conhecimentos tradicionais. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 64-79, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/1870>. Acesso em: 9 fev. 2023.

WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, p. 305-324, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/368>. Acesso em: 8 fev. 2023.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A relação entre o direito geral e os direitos especiais da personalidade no direito alemão. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 14, n. 33, p. 135-158, 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/322640439.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2023.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A eficácia horizontal e a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os direitos humanos. **Civilistica.com**, v. 10, n. 2, p. 1-28, 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/755>. Acesso em: 7 fev. 2023.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; OLIVEIRA, Edmundo Alves de; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 208-220, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3203>. Acesso em: 8 fev. 2023.