



O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: O DIREITO À SAÚDE E A PROPORCIONALIDADE ENTRE A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE E A PROIBIÇÃO DE EXCESSO.

Felipe Dalenogare Alves¹

Bruna Tamiris Gaertner²

RESUMO: O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, concebida a partir do método dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática do dever de proteção estatal na concretização do direito à saúde, tendo por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, a problemática que cerca os direitos sociais e sua efetivação pelas políticas públicas, em especial o direito à saúde e o Sistema Único de Saúde – SUS, quando controladas pelo Judiciário. Para tanto, realizou-se um estudo dos principais aspectos referentes ao tema, objetivando-se, ao final, demonstrar que a noção de dever de proteção (*Schutzpflicht*), procedendo-se à verificação de proporcionalidade da medida adotada pelo estado à promoção da saúde, tomando-se por base as noções de proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e proibição de excesso (*Übermassverbot*), demonstra-se importante fundamento e parâmetro à atuação judicial nos casos envolvendo o direito à saúde em um contexto de judicialização. No decorrer do trabalho, buscou-se o esclarecimento de pontos importantes que permeiam a temática, como o seguinte problema: em que medida o dever de proteção e o princípio da proporcionalidade serviriam de fundamento e parâmetro ao Poder Judiciário no controle de políticas públicas relativas à efetivação do direito à saúde? Para tanto, foram estudados temas como o direito à saúde e o SUS no cenário brasileiro e os direitos fundamentais (sua dimensão subjetiva e objetiva), além da teoria do dever de proteção, com as noções de proibição de proteção insuficiente e proibição de excesso. Por fim, é possível concluir que o controle de políticas públicas no tocante ao direito à saúde, quando realizado em demandas individuais, deve levar em consideração todas as circunstâncias daquele caso concreto e as medidas adotadas pelo Poder público (ações e serviços de saúde), procedendo-se ao exame de

¹ Professor no curso de Direito da Faculdade Antonio Meneghetti – AMF. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM e em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul. Email: felipe@estudosdedireito.com.br

² Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul. Email: brunatamiris@mx2.unisc.br

proporcionalidade, a fim de verificar se a medida constitui-se eficiente dentro dos parâmetros de proibição de proteção insuficiente e proibição de excesso.

Palavras-chave: Direito à saúde; dever de proteção; dever de proteção; proibição de proteção insuficiente; proibição de excesso.

ABSTRACT: This paper features the results of a literature search, developed by the deductive method, in order to make the approach, and monographic, as a means of procedure, on the issue of state protective duty in realizing the right to health, with the main objective of analyzing, under the contours of contemporary constitutionalism, the issues surrounding the social rights and its implementation by public policy, in particular the right to health and the Unified Health System - SUS, when controlled by the judiciary. For this, was developed a study of the main aspects related to the topic, aiming to, in the end, show that the protective duty notion (Schutzpflicht), proceeding to the verification of proportionality of the measure adopted by the state to health promotion, taking as a basis the inadequate protection of ban notion (Untermassverbot) and prohibition of excess (Übermassverbot) present an important foundation and parameter judicial action in cases involving the right to health in the context of judicialization. While you work, we sought to clarify important points that permeate the theme, as the following problem: to what extent the duty of protection and the principle of proportionality would serve as the foundation and parameter to the Judicial power in the control of public policies on realization of the right to health? To this end, were studied themes as the right to health and SUS in Brazilian society and fundamental rights (their subjective and objective dimension), and the protective duty theory, with the notion of insufficient protection of ban and excess ban. Finally, it concludes that control of public policies regarding the right to health when held in individual demands, must take into account all the circumstances of that case and the measures taken by the public power (stocks and health services) by proceeding to the examination of proportionality in order to verify whether the measure is to be effective within the insufficient protection of prohibition of parameters and excess ban.

Keywords: Right to health; duty to protect; duty to protect; inadequate protection of a ban; prohibition of excess.

1 Introdução

O presente trabalho é resultado de uma pesquisa que teve por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, a problemática que cerca os direitos sociais e sua efetivação pelas políticas públicas, em especial o direito à saúde e o Sistema Único de Saúde – SUS, quando controladas pelo Poder Judiciário.

No Brasil, é na Constituição Federal de 1988 que, pela primeira vez, a saúde é contemplada como um direito fundamental social, de caráter universal, instituindo-se, ainda, políticas públicas vinculantes, constantes em ações e serviços que

objetivam a assistência integral, tanto no plano preventivo como curativo, o que, não como causa única, mas inter-relacionada, propicia o fenômeno da judicialização da saúde, que consiste na busca, geralmente individual, da tutela deste direito no Poder Judiciário.

Com o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, desenvolveu-se a teoria do dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*). Por esta perspectiva, este não apenas tem a obrigação de não violar os direitos dos particulares, mas, no que tange ao direito à saúde, tomar as medidas necessárias (ações e serviços necessários) objetivando a sua proteção, em um contexto de máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Ocorre que, ao se buscar a proteção (tutela) dos direitos sociais no Poder Judiciário, este, inevitavelmente, acaba exercendo um controle jurisdicional das políticas públicas, que muitas vezes é criticado pela falta de critérios, o que acaba demonstrando a necessidade de aprimoramento dos instrumentos que sirvam de fundamento e parâmetro à construção da decisão judicial.

Com isso, vislumbrando-se o direito à saúde, quando apreciado pelo Poder Judiciário, demonstra-se importante fundamento e parâmetro à atuação judicial a utilização do princípio da proporcionalidade, a fim de analisar, em um caso concreto específico, se as medidas adotadas pelo Poder público encontram-se apropriadas para que se tenha a concretização eficiente do direito, atentando-se às noções de proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e proibição de excesso (*Übermassverbot*).

A primeira se aproxima da concepção de *aquém*, ou seja, a medida adotada (ação ou serviço de saúde) é insuficiente a ponto de colocar em risco a efetivação do direito com a eficácia que se espera. A segunda condiz com a visão de *além*, sendo onerosa demasiadamente a outros direitos fundamentais, inclusive de terceiros.

Nesse contexto, o problema que se apresenta à pesquisa é: em que medida o dever de proteção e o princípio da proporcionalidade serviriam de fundamento e parâmetro ao Poder Judiciário no controle de políticas públicas relativas à efetivação do direito à saúde?

A fim de que realizar a consecução dos objetivos propostos, a pesquisa bibliográfica desenvolveu-se com a utilização dos métodos dedutivos, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, analisando-se os elementos

essenciais ao tema, como a doutrina (nacional e estrangeira) e a legislação em vigor.

Desta forma, buscou-se, na primeira seção do trabalho, uma construção teórica acerca do direito à saúde no contexto brasileiro (de crescente judicialização) e sua efetivação pelas políticas públicas, constituindo-se o Sistema Único de Saúde – SUS a política universal de realização, para, na segunda seção, analisar as características dos direitos sociais, como direitos subjetivos e objetivos, e as noções de dever de proteção, proibição de proteção insuficiente e proibição de excesso, para verificar como a utilização do princípio da proporcionalidade constitui-se importante fundamento e parâmetro à atuação do Judiciário.

2. Breves aportes do direito à saúde no sistema brasileiro e a sua judicialização: o SUS como um conjunto de ações e serviços (medidas) a serem realizados pelo Poder Público

O direito à saúde só atingiu o caráter universal – e, nesse sentido, incluindo-se tanto o cidadão brasileiro quanto o estrangeiro de passagem pelo país³ – com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Embora se tenha passado duas décadas, desde a publicação da Constituição atual, é correto afirmar que a discussão desse direito fundamental é bastante atual, como veremos no decorrer do artigo (BARROSO, 2007, p. 97-98).

Conforme os estudos de Barroso (2007, p. 97), a saúde pública no Brasil começou de forma discreta no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa, cingindo-se a programas de combate à lepra e à peste, com ações voltadas ao controle sanitário nas ruas e nos portos. É no período compreendido entre 1870 e 1930, que o Estado passa a garantir mais algumas ações, como a adoção do modelo “campanhista”, que colaborou ao controle de doenças epidêmicas.

Neste período, a atuação do Estado na saúde pública curativa era praticamente inexistente, restringindo-se aos serviços particulares e à caridade. É somente a partir da década de 1930 que se dá início a uma estruturação básica,

³ Exclui-se, aqui, do usufruto ao direito fundamental social, os estrangeiros que se dirigem ao território brasileiro, com a finalidade precípua de utilizar-se da saúde pública do Brasil, como ocorre frequentemente nas regiões de fronteira, excetuando-se, obviamente, as situações de acordos mútuos internacionais, como o acordo bilateral entre Brasil e Uruguai. Cf: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/10/brasil-e-uruguai-organizam-assistencia-de-saude-para-populacao-na-fronteira>>. Acesso em: 14 jun 14.

mesmo que precária, do sistema público de saúde, contemplando ações curativas, ainda que não fossem de caráter universal⁴ (BARROSO, 2007, p. 97).

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde ganhou extrema importância, no rol dos direitos sociais, previsto no art. 6º, sem menosprezar a importância dos demais direitos ali constantes, encontrando no art. 196, sua forma de efetivação, mediante a elaboração de políticas sociais e econômicas por parte do Estado (MARQUES, 2008, p. 66).

É na década de 1990, todavia, com a edição da Lei nº 8.080/90, que se institui o Sistema Único de Saúde – SUS, “que se constitui nas ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”, garantindo-se a universalização do atendimento integral gratuito, com ações preventivas e curativas, voltadas à pessoa e à comunidade (SILVA; TOLFO, 2015, p. 4).

É possível dizer, concordando-se com Machado (2008, p. 75), que o SUS constituiu-se como um dos principais progressos em matéria de políticas públicas do Estado, mantendo-se como uma política consistente, mesmo após a remodelação neoliberal instalada a partir do início da década de 1990, devendo, seu sucesso, dentre outros motivos, à organização do campo da saúde e sua articulação com setores importantes da sociedade civil (MACHADO, 2008, p. 75).

Como um direito e garantia fundamental da sociedade, o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado, muito embora este dever não exclua o das pessoas, da família, das empresas e da própria sociedade⁵. Ressalta-se, ademais, que o SUS não se encontra vinculado apenas o Poder Público, mas também as pessoas naturais ou jurídicas, sejam elas de direito público ou privado, no sentido de que a sociedade é corresponsável (responsabilidade compartilhada - *shared responsibility*) pela efetivação e proteção do direito à saúde tanto no presente, quanto às gerações vindouras (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 115-116).

⁴ Nesse período, criou-se o Ministério da Educação e Saúde Pública, além dos Institutos de Previdência (Aposentadoria e Pensão – IAPs), com serviços de caráter curativo – restrito às suas categorias profissionais – de caráter contributivo (alguns desses institutos possuíam hospitais próprios). A partir dos governos militares, unificaram-se os IAPs, criando-se o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, acrescentando-se a ele o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social, destinados, entretanto, ao contribuinte (trabalhador formal), impedindo que os trabalhadores informais tivessem acesso aos benefícios de saúde (BARROSO, 2007, p. 97-98).

⁵ Assim é a previsão contida no Art. 2º da Lei nº 8.080/90.

Muito embora se possa discutir a corresponsabilidade de outros atores, resta evidente que “o tratamento médico adequado aos necessitados faz parte da relação de deveres do Estado” (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), os quais possuem responsabilidade solidária, imposta constitucionalmente (SILVA; TOLFO, 2015, p. 4).

O dever estatal com a saúde é, portanto, comum a todos os entes da Federação, conforme previsto na Constituição Federal, constituindo-se, porém, o SUS, uma rede hierarquizada de ações e serviços (baseada no princípio da subsidiariedade – em sua dimensão vertical). Significa dizer que há, na lei do SUS, uma repartição de competências entre os Entes, de modo a facilitar a estruturação sistemática das políticas públicas (SILVA; TOLFO, 2015, p. 5).

Ao se chegar, assim, à conclusão de que compete ao Estado o dever de proteger o direito à saúde de sua população, este o fará por intermédio das políticas públicas, as quais, “por sua vez, destinam-se a racionalizar a prestação coletiva do Estado, com base nas principais necessidades de saúde da população, de forma a promover a tão aclamada justiça distributiva, inerente à própria natureza dos direitos sociais” (MARQUES, 2008, p. 66).

Deve-se levar em conta que o direito à saúde é um direito fundamental, que possui uma dimensão objetiva, a qual impõe a máxima eficácia dos direitos fundamentais, passando, progressivamente, a vincular o Poder Público, especialmente no que tange à discricionariedade em suas ações. Há de se reconhecer que a operacionalização desta noção encontra dificuldades no tocante aos direitos sociais que impõem prestações, como a saúde, uma vez que se encontram relacionados a questões como orçamento, eleições entre meios e fins, dentre outros aspectos (LEAL, 2015, p. 228).

O Estado, por sua vez, muitas vezes, acaba não cumprindo com seu papel de promotor do direito à saúde de forma suficiente para garanti-la com eficiência, de forma igualitária a todos os cidadãos, o que acaba desencadeando uma grande carga de demandas individuais à apreciação do Poder Judiciário, as quais buscam de simples medicamentos a tratamentos experimentais no exterior, o que se convencionou chamar de “judicialização da saúde”.

Essa busca do direito à saúde no Poder Judiciário decorre da inafastabilidade de apreciação judicial à ameaça ou lesão a direito, prevista constitucionalmente, podendo se dar por meio de um Mandado de Segurança (art. 5º, LXIX, CF/88), uma

ação ordinária, ou, ainda, através de uma Ação Civil Pública (art. 129, III, CF/88) iniciada pelo Ministério Público (MACHADO, 2008, p. 80).

A judicialização da saúde, embora seja compatível com o atual sistema democrático brasileiro, desencadeia alguns efeitos negativos, a exemplo do caso envolvendo medicamentos, sintetizados por Pepe et al (2010, p. 2406) em três aspectos. O primeiro condiz ao fato de “que o deferimento absoluto de pedidos judiciais pode aprofundar as iniquidades de acesso no sistema público de saúde, infringindo princípio do SUS, uma vez que favorece aqueles que têm maior possibilidade de veicular sua demanda judicialmente, em detrimento dos que não possuem acesso à justiça”.

O segundo está relacionado às dificuldades ocasionadas à gestão da assistência farmacêutica pública, “uma vez que a ágil resposta às demandas judiciais, não previstas no planejamento dos serviços, faz com que se crie uma estrutura ‘paralela’ para seu acompanhamento, se utilizando de procedimentos de compra não usuais na administração pública, tendo maior gasto na aquisição destes medicamentos” (PEPE et al, 2010, p. 2406).

O terceiro refere-se à própria segurança do cidadão beneficiário do medicamento, em virtude “de possíveis prescrições inadequadas, mesmo que de medicamentos já selecionados e incorporados no SUS, e, em especial, na prescrição de ‘novos’ medicamentos e/ou ‘novas’ indicações terapêuticas para os quais as evidências científicas ainda não se encontram bem estabelecidas”. Este fator, conforme os autores, “pode favorecer a introdução e utilização de novas tecnologias de forma acrítica, e, por vezes, sob forte influência da indústria farmacêutica” (PEPE et al, 2010, p. 2406-2407).

Não se pode deixar, ainda, de considerar que o direito a saúde, tutelado por intermédio das políticas públicas, deve ser analisado em cada caso concreto, pois comporta uma série de medidas distintas, mas que, ao fim e ao cabo, acabam o efetivando da mesma forma (a exemplo se comparar os medicamentos de “marca” e os medicamentos “genéricos” reconhecidamente com preços mais baixos).

Este problema surge, principalmente, “quando a saúde se apresenta como um bem particular, ou em termos jurídicos, como um direito subjetivo público. Nessas situações, o exercício do direito subjetivo contra o Estado por determinado indivíduo poderá afetar o exercício do direito subjetivo de outros cidadãos” (BORGES, 2007, p. 23).

É nesse contexto que a noção de dever de proteção (*Schutzpflicht*), procedendo-se à verificação da proporcionalidade da medida adotada pelo Estado para a promoção da saúde, tomando-se por base as noções de proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e proibição de excesso (*Übermassverbot*), demonstra-se importante fundamento e parâmetro para a atuação do Poder Judiciário nos casos envolvendo o direito à saúde, como se verá a seguir.

3 Os direitos fundamentais como direitos subjetivos/objetivos e a sua concretização pelo Estado: as noções de dever de proteção (*Schutzpflicht*), proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e proibição de excesso (*Übermassverbot*) como fundamentos para a atuação do Judiciário nos casos envolvendo o direito à saúde

Primeiramente, embora não seja objeto de estudo do trabalho, torna-se necessário dizer que, terminologicamente, direitos humanos diferenciam-se de direitos fundamentais⁶. Esta distinção remonta ao século XVIII, devido aos grandes movimentos sociais, impulsionando o surgimento das declarações de direitos humanos, com destaque à França e à América do Norte, que persistem até os dias atuais (HECK, 2013, p. 47)⁷.

A contribuição das diferentes matrizes aos direitos fundamentais é de extrema importância à compreensão da visão contemporânea que se tem dos direitos fundamentais. Isso porque, por exemplo, a forma de vê-los como limites à atuação do legislador provém da Revolução Americana, como resultado de oposição ao característico déficit dos direitos de liberdade ingleses, relegados à lei ordinária, ou seja, sem qualquer força vinculante ao legislador. Nas colônias inglesas, já haviam direitos de defesa, que foram elevados ao patamar constitucional, servindo como limitação à atuação do legislador (GRIMM, 2006, p. 158).

Pode-se dizer, portanto, que, em terras americanas, os direitos fundamentais nascem como direitos de defesa (com sua dimensão subjetiva de proteção), ou seja,

⁶ A respeito, ver a clarificação didática apresentada por Sarlet (2015), a respeito da distinção terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais.

⁷ Este tópico, acerca do dever de proteção, constitui-se resultado de estudo dos autores no Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, com adaptações, de tópico constante no capítulo “O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O RISCO DA ATUAÇÃO ATIVISTA: O Projeto de Lei nº 8.058/2014 e a contribuição à decisão judicial em um constitucionalismo dialógico – a desconstituição da imposição da ‘última palavra’”, de mesma autoria, a compor obra coletiva do grupo de pesquisa, ainda não publicada.

sua acepção originária é de proteção (subjéitiva) do cidadão contra a intervenção do Estado, principalmente ante eventuais abusos do legislador, pois a ordem liberal já existia (GRIMM, 2006, p. 158).

De outro lado, quando se passa a fazer uma análise do nascimento dos direitos fundamentais na França, percebe-se que, de forma diferente, eles nasceram como “princípios supremos”, verdadeiros condutores da ordem social, catalogados e chamados a dar firmeza à trabalhosa e contínua reforma do direito (com a sua dimensão jurídico-objetiva), frente à transformação político-social que surgia com a nova realidade liberal, que desencadeou uma renovação radical do direito civil, penal, processual, etc (GRIMM, 2006, p. 159).

Frente a isso, é possível vislumbrar que, para a Constituição Estadunidense, os direitos fundamentais são entendidos baseando-se na concepção de que o cidadão é sujeito de direitos (inalienáveis e invioláveis) pela sua natureza e não pelo reconhecimento do Estado, devendo ser por este respeitado (pois agora encontra limites nestes direitos, constitucionalizados e em posição hierárquica superior à lei), reconhecendo-se “como posições de direito e de liberdade juridicamente especializadas e concretizadas, dirigidos para uma atuação determinada” (HECK, 2013, p. 48).

Contudo, o entendimento francês, quanto aos direitos fundamentais, se difere fortemente do pensamento Norte Americano. A declaração francesa “está altamente ligada na igualdade social, vinculada com um programa para a modificação das relações feudo-estamentais existentes” (HECK, 2013, p. 48), ou seja, impondo diretrizes à organização e atuação do Estado Liberal que nascia.

Entre idas e vindas, há de se afirmar que o período de maior relevância à afirmação dos direitos fundamentais se deu a partir do segundo pós-guerra, principalmente com a influência germânica na construção do princípio da proporcionalidade e da dimensão objetiva destes direitos (GRIMM, 2006, p. 155).

A Lei Fundamental de Bonn (1949) e a interpretação dada a ela pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BverfG*) influenciou fortemente a dogmática contemporânea dos direitos fundamentais. A Constituição reconheceu a dignidade humana e os direitos fundamentais como base de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo, os dando aplicabilidade direta e vinculando todos os Poderes do Estado. Isso leva Heck (2013, p. 52) a afirmar que “essa prescrição constitucional mudou a compreensão dos direitos fundamentais

diante da época de Weimar, quando se tratava da validade, hierarquia e vinculatividade dos direitos fundamentais”.

Ao se vincular diretamente o poder Estatal, conseqüentemente, há uma nova compreensão dos direitos fundamentais (por uma sociedade que acabara de sair do período de maior violação de direitos que a humanidade já havia presenciado), buscando-se “seu sentido e significado, função e força de efeito. Essa prescrição também desempenha um papel importante na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, como guardião da constituição” (HECK, 2013, p. 52-53).

É por intermédio de sua jurisprudência que o BVerfG “contribuiu enormemente para a organização e para a configuração material dos princípios diretivos do direito constitucional”, passando a influenciar a “legislação e jurisprudência, teoria e prática, inclusive o direito privado” (HECK, 2013, p. 52-53).

Uma das tarefas dos direitos fundamentais é de criar e manter os pressupostos essenciais de uma vida em liberdade e dignidade humana. Para tanto, só haverá liberdade social, se seus indivíduos (representantes-representados) estiverem preparados para decidir as questões atinentes a esse interesse social, características condicionantes à estrutura e função dos direitos fundamentais, que os tornam “não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática” (MENDES, 2004, p. 133). Disso decorre que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se apresenta como um conjunto de valores objetivos básicos (*Grundwert*), que visam o cumprimento de metas comuns de uma sociedade pluralista (PÉREZ LUÑO, 2013, p. 16-17).

Afirma-se, portanto, que os direitos fundamentais podem ser considerados tanto direitos subjetivos (do indivíduo) quanto direitos objetivos (ao Estado e à Sociedade). Assim é que, como explica Mendes (2004, p. 132), “enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados” e sendo direitos objetivos – elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva – “os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático”.

Enquanto direitos subjetivos/objetivos, os direitos fundamentais garantem não só a liberdade individual contra a interferência do Poder Público, mas que este também garanta que a violação não ocorra entre os próprios cidadãos no âmbito de

suas relações. Se assim não ocorrer, dispõe o cidadão de uma pretensão que pode ser sistematizada em cinco subpretensões correlacionadas (MENDES, 2004, p. 133).

A primeira cinge-se na pretensão de abstenção (*Unterlassungsanspruch*) – consistente no imperativo do Estado não violar/fazer cessar qualquer violação; a segunda é a pretensão de revogação (*Aufhebungsanspruch*) do ato lesivo por parte do Poder Público; a terceira é a pretensão de anulação (*Beseitigungsanspruch*) do ato contrário ao Direito; a quarta é a pretensão de reconsideração (*Berücksichtigungsanspruch*) do ato lesivo, levando ao Estado fazer as ponderações necessárias, procedendo à devida reconsideração; e a quinta é a pretensão de defesa ou de proteção (*Schutzanspruch*), que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir (proteger) contra ato lesivo de terceiros (MENDES, 2004, p. 133-134).

É quanto à quinta pretensão, do dever de proteção estatal que se centrará o trabalho. A teoria do “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão pelo amadurecimento da concepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, exposta originariamente no paradigmático caso *Lüth*⁸, notadamente nas decisões acerca do aborto. Seu cerne sustenta-se na decorrência de um dever oriundo das normas de direitos fundamentais que impõe ao Estado a proteção aos particulares contra agressões aos seus bens jurídicos constitucionalmente previstos, mesmo que estas decorram das relações geradas entre si.

Significa dizer que, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais determinam ao Estado uma conduta negativa (no sentido de não violá-los – abstenção), implicam também um comportamento positivo, obrigando-o a intervir, seja de forma preventiva ou repressiva. Em síntese, o Estado deve respeitar e fazer

⁸ O caso retratou uma “discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que fora colaborador do regime nazista, organizado em 1950 pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth. A empresa distribuidora do filme insurgira-se contra o boicote e obtivera decisão da Justiça de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no § 826 do Código Civil alemão, segundo o qual ‘quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano’. Inconformado com o julgamento, Lüth interpôs reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Esse acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais do direito privado, como os ‘bons costumes’ referidos no § 826 do BGB, têm de ser interpretadas à luz da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo, que não atribuíra, em sua decisão, qualquer influência à liberdade de expressão na interpretação da citada cláusula” (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 69). Acerca do caso, importante ver a reconstrução crítica da decisão realizada por Canaris (2009, p. 43 e ss).

respeitar os direitos fundamentais. Sob esta perspectiva, como afirma Mendes (2002, p. 10) “o Estado evolui de “adversário” (*Gegner*) para “guardião” destes direitos (*Grundrechtsfreund order Grundrechtsgarant*)”.

Para o estudo, é importante que se diga que o dever de proteção, além de impor uma atuação que proteja os particulares entre si, embora possa parecer redundante, deve protegê-los do próprio Estado, de tal modo que cada um dos Poderes estatais possui seu dever à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, aqui, em especial, o direito à saúde.

O dever de proteção vincula o legislador, na medida em que impõe uma restrição ao seu espaço de atuação e conformação, além de obriga-lo a tomar medidas legislativas que visem a proteção/promoção dos direitos fundamentais (GUEDES, 2012). No que atine aos direitos sociais, pode-se vislumbrar o dever do legislador, no sentido de implementar, por meio de lei, políticas públicas que assegurem a sua promoção/proteção, tanto no âmbito material, quanto processual.

O administrador encontra-se vinculado ao dever de proteção principalmente no que tange ao limite de sua discricionariedade na execução das normas que visam a concretização de direitos fundamentais (GUEDES, 2012). Acrescenta-se a isso o dever de implementação e manutenção de políticas eficientes que, materialmente, garantam a efetiva realização dos direitos sociais.

O dever de proteção por parte do Poder Judiciário engloba não apenas a tutela da obediência aos deveres de proteção incumbidos aos demais Poderes, mas também a análise de se essas medidas estão sendo suficientes para a efetivação do direito social de forma eficiente (GUEDES, 2012).

É possível desdobrar o dever de proteção em três frentes de atuação⁹, interligadas entre si: primeira frente – dever de proibição (*Verbotspflicht*) – constitui dever de proibir determinada conduta; segunda frente – dever de segurança (*Sicherheitspflicht*) – estabelece ao Estado o dever de proteger o particular contra agressões de terceiros, adotando-se diferentes medidas; terceira frente – dever de evitar riscos (*Risikopflicht*) – impõe ao Estado a obrigação de evitar riscos ao

⁹ Heck (2013, p. 59) também sintetiza em três os deveres constantes do dever de proteção do Estado: “Essa função pede do Estado opor-se protetoramente a ameaças a direitos fundamentais quando: a) a violação de direitos fundamentais, que promete desenvolver-se da ameaça ao direito fundamental, é irreparável; b) o desenvolvimento, que promete produzir a violação ao direito fundamental da ameaça ao direito fundamental, é não-dominável; e, c) o jogo de conjunto, rico em conflito de colisão, dos particulares, no qual podem ocorrer violações de direitos fundamentais, não é, pelo afetado, regulável autonomamente”.

particular, adotando medidas preventivas, em especial no que refere ao o desenvolvimento técnico ou tecnológico (MENDES, 2002, p. 11).

É importante ressaltar que ao Estado cabe não apenas legislar (prevenir) como fiscalizar (coibir) qualquer afronta aos direitos fundamentais (oriunda dele próprio ou de terceiro). É isso que levanta Novais (2003, p. 89), ao afirmar que “o dever de proteção se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela, e através dela, os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efectivação”.

Reconhece-se, no entanto, que, embora figure esta obrigação protetiva estatal - indispensável não apenas à concretização dos direitos fundamentais, mas à própria dignidade humana - não há uma exigência única acerca de como estabelecê-la. Há a necessidade de o Estado tomar uma medida, porém ela não é pré-determinada, podendo ser uma de muitas formas de proteção (eleição de meios – discricionariedade – sem desconsiderar a necessidade de ponderação entre meios e fins).

Assim, a utilização da proporcionalidade entre a proibição de excesso (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) torna-se imperativa na persecução pelo equilíbrio na busca da medida adequada. Isso porque, na maioria das vezes, além de exigir uma proteção eficiente, o ordenamento jurídico deixa diversas possibilidades em aberto quanto ao modo de concretização do direito, de forma que a solução adequada deve estar localizada em algum ponto entre o excesso e a insuficiência.

Nesse sentido, o direito à saúde deve ser analisado em cada caso concreto, avaliando-se a medida adotada pelo Poder Público (primeiro se ela existe, segundo se a medida é proporcionalmente adequada, à razão de não ser ínfima a ponto de inviabilizar a efetivação do direito ou excessiva à razão de violar outros direitos – inclusive de outros cidadãos). Para fins elucidativos, apresenta-se o exemplo de Alexy, apontado por Leal (2015, p. 227-228):

[...] quando o que está em pauta é a proibição de matar, esta proibição atinge, *prima facie*, toda e qualquer forma de morte (independentemente do meio empregado); já na hipótese de haver um dever em sentido contrário, de salvamento – cuja dimensão é objetiva – nem todos os meios disponíveis para tanto são, desde logo, impostos. Se, conforme referido, no caso de um bêbado que está se afogando, for possível resgatá-lo tanto com uma boia quanto com um bote, não é a prática de todas estas ações que será devida; antes pelo contrário, trata-se, muito mais, de se eleger uma ou outra.

No exercício da proporcionalidade, há de se analisar se a ação ou o serviço de saúde é eficaz e apropriado, o que significa que se faz necessário “verificar se a proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados”. Com efeito, “a eficácia da proteção integra, em princípio, o próprio conteúdo do dever de proteção, já que um dever de tomar medidas ineficazes não teria sentido” (CANARIS, 2009, p. 123-124).

Em suma, pode-se traduzir a proibição de excesso como a vedação de o Estado, através de seus órgãos, acometer de forma desproporcional outros direitos fundamentais ou, até, ele próprio, violar direitos fundamentais de terceiros com a proteção excessiva. A proibição de proteção insuficiente se impõe, por sua vez, no momento em que o Estado atua insuficientemente, ficando aquém dos níveis mínimos exigidos pelos preceitos constitucionais à concretização de determinado direito (SARLET, 2012, p. 404-406).

É necessário destacar, ainda, que a proteção insuficiente torna-se ainda mais cristalina na inexistência da política pública (ações ou serviços de saúde), uma vez que a sua falta pode representar ilegítima afronta ao direito fundamental à saúde. Já a proibição de excesso, por sua vez, pode ser vista, por exemplo, em um caso que se busque a concessão de determinado medicamento, de marca específica, existindo outros genéricos no mercado. Neste ponto, a concessão do dado medicamento, conforme pleiteado pela parte, colocaria em risco o direito fundamental à saúde de outros cidadãos.

O exemplo acima se demonstra apenas um, entre vários casos para os quais o princípio da proporcionalidade pode operar como fundamento e parâmetro para a atuação judicial nos casos envolvendo o direito à saúde.

4 Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que os direitos fundamentais possuem uma identidade única, contemplando uma dimensão objetiva e subjetiva, uma dimensão negativa e positiva, servindo-se mais do que um direito passível de ser exigido individualmente pelo sujeito, mas como vetor a balizar toda a atuação estatal, o que impõe como dever a promoção de medidas, no caso do direito à saúde, ações e serviços, que propiciem a sua proteção.

Como visto, o direito à saúde como universal foi renegado durante séculos pelo Estado brasileiro, estando, na Constituição Federal de 1988, previsto no rol dos direitos fundamentais sociais. A constituição cidadã contempla, ainda, a previsão de políticas públicas constitucionais vinculantes para a sua concretização, por intermédio de um Sistema Único de Saúde, composto por ações e serviços integrais, preventivos ou curativos, destinados a toda a população brasileira.

Estabelecido que o dever à concretização do direito cabe ao Estado (sem desconsiderar a atuação complementar de outro atores), a tutela desse direito passou, cada vez mais, a ser buscada individualmente no Poder Judiciário, constituindo o que se convencionou chamar de “judicialização da saúde”.

Por fim, conclui-se que a problemática da efetivação dos direitos sociais pela jurisdição reside, muitas vezes, como constatado no decorrer do trabalho, na necessidade de aprimoramento dos fundamentos e parâmetros de atuação judicial, para que, respondendo o problema de pesquisa, constatou-se que a teoria do dever de proteção, com a utilização do princípio da proporcionalidade, analisando-se o caso concreto, aferindo-se as medidas adotadas pelo Poder Público, conforme as noções de proibição de proteção insuficiente e proibição de excesso, demonstra-se importante instrumento ao Judiciário no controle das políticas públicas atinentes ao direito à saúde.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, v. 31. n. 66. Porto Alegre: PGE-RS, 2007.

BORGES, Danielle da Costa Leite. *Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005*. Dissertação (Mestrado). Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. reimp. Lisboa: Almedina, 2009.

GUEDES, Néviton. A concretização de direitos sociais pelo Judiciário. In: *Revista Consultor Jurídico*. Edição de 15 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-15/constituicao-poder-concretizacao-direitos-sociais-judiciario>>. Acesso em: 8 set. 2015.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. In: *Revista Direito em Debate*. v. 9. n. 14. Ijuí: Unijuí, 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Princípio da proporcionalidade e controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise da utilização da noção de “proibição de proteção insuficiente” pelo Supremo Tribunal Federal*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes; _____ (Orgs). DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: desafios contemporâneos. t. 15. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2015.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. In: *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo v. 9. n. 2. São Paulo: USP, 2008.

MARQUES, Silvia Badim. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. *Revista de Direito Sanitário*. v. 9. n. 2. São Paulo: USP, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. In: *Revista Diálogo Jurídico*. n. 10. Salvador: IDP, 2002.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 8., 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. In: *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. v. 15. n. 5., 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais. In: *Revista Consultor Jurídico*. Edição de 23 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em: 8 set. 2015.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL*: principais aspectos e problemas. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2013.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES*: o caso das relações de trabalho. In: *Revista do Superior Tribunal do Trabalho*. v. 77. n. 4. Brasília: TST, 2011.

SILVA, Stefanie da Costa; TOLFO, Andreia Cadore. *A judicialização do direito à saúde e a relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial*. In: *Anais da Semana Acadêmica Fadisma Entrementes*. 12. ed. Santa Maria: Fadisma, 2015.