



**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU***

ERILDO SIMEÃO CAMARGO LEMOS JÚNIOR

**A TUTELA À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE NO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO
ESTADO POR VIA JUDICIAL**

Porto Alegre

2018

ERILDO SIMEÃO CAMARGO LEMOS JÚNIOR

**A TUTELA À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE NO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO
ESTADO POR VIA JUDICIAL**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Linha de pesquisa: Tutelas à efetivação dos Direitos Transindividuais.

Orientador: Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho

Porto Alegre

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Lemos Junior , Erildo Simeão Camargo

A tutela à efetivação do direito fundamental à saúde no fornecimento de alimentos especiais pelo estado por via judicial / Erildo Simeão Camargo Lemos Junior ; orientadora Anízio Pires Gavião Filho . -- Porto Alegre 2018.

. f.

Dissertação (Mestrado)-- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2018

1. Direito Fundamentais . 2. Alimentação Especial . 3. Direito À Saúde . 4. Direito À Alimentação . 5. Ponderação . I. Gavião Filho , Anízio Pires , orient. II. Título.

ERILDO SIMEÃO CAMARGO LEMOS JÚNIOR

**A TUTELA À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE NO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO
ESTADO POR VIA JUDICIAL**

DISSERTAÇÃO PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO
PÚBLICO

COMISSÃO JULGADORA

Presidente e Orientador: _____
Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho - FMP

2º Examinador(a): _____
Prof. Dr. Maurício Martins Reis - FMP

3º Examinador(a): _____
Profª Dra. Denise Friedrich - UNISC

Porto Alegre, ____ de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, tudo isso não seria possível sem a bênção e o dom da vida que Deus me proporciona. Agradeço-lhe por me dar saúde, uma família iluminada e força nos momentos de dificuldade, sempre me mostrando o caminho a ser trilhado e me protegendo nos momentos de fraqueza.

Agradeço à Fundação Escola Superior do Ministério Público pela excelência do ensino, pelos excepcionais integrantes do Corpo Docente, pelas instalações acolhedoras e facilitadoras da aprendizagem e principalmente por tratar seus alunos com respeito, educação, sem contudo descuidar do rigor necessário a um curso de Mestrado.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, pelas inúmeras demonstrações de preocupação, sempre disposto a me orientar mostrando o caminho a ser percorrido, não importando o momento e o local, inclusive no seu escritório de trabalho. Por me apresentar ao grupo de pesquisa de estudo em direitos fundamentais e argumentação jurídica da FMP que me auxiliou nos esclarecimentos para a dissertação, disponibilizando uma discussão importante sobre o tema.

Aos meus colegas de Mestrado, que por inúmeras vezes foram os verdadeiros professores apresentando com brilhantismo os temas propostos nas matérias e realizando um debate fundamental para aumentar o cabedal de conhecimento. Pela amizade e apoio durante esses dois anos de profícua convivência. Essa amizade perdurará, tenho certeza.

À minha querida esposa por esses dezessete anos de amor, de carinho e de superação. Agradeço pelo seu apoio incondicional e pelo entendimento de minha ausência justificada. Por sempre me apoiar no meu crescimento pessoal e profissional.

Aos meus queridos irmãos, pelo amor, por me ajudarem nas atividades familiares e nos percalços que a vida nos apresenta, sempre juntos.

Aos meus amados pais por tudo que fizeram por mim. Pela educação, pelo amor, carinho e orientações que me conduziram até aqui. Vocês são meus exemplos de pessoas dignas, do bem, humildes e solidárias.

“Comece fazendo o que é necessário, depois o que é possível, e de repente você estará fazendo o impossível” (São Francisco de Assis).

Labor Ominia Vincit.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar as discussões, na linha de pesquisa dos direitos transindividuais, em torno da tutela à efetivação do direito ao fornecimento de alimentos especiais pelo Estado, seja por política pública ou por via judicial, verificando a sua efetivação pelo direito à saúde e/ou pelo direito à alimentação. Para tanto, são estudados os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, verificando a sua conceituação, as normas de direitos fundamentais, a sua eficácia e sua aplicabilidade. Parte do pressuposto de estudo da possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, frente aos argumentos da reserva do possível e do mínimo existencial. Investiga-se o direito humano à alimentação adequada, o direito à alimentação, a Política Nacional de Alimentação e Nutrição. É explorado o direito à saúde, o SUS e suas políticas públicas que abrangem a prestação de medicamentos e alimentos especiais, a Política Nacional de Medicamentos, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica e a Política Nacional de Atenção às Pessoas com Doenças Raras. O aprofundamento do estudo é realizado em alguns julgados demandando alimentos especiais, verificando as principais linhas de argumentação favoráveis e contrárias ao fornecimento desses alimentos especiais e a técnica da ponderação e da proporcionalidade empregada nas decisões. O trabalho busca contribuir para a efetivação do direito a prestação de alimentos especiais pelo Estado, usando o método dedutivo aplicando a pesquisa bibliográfica, análise temática, textual, interpretativa e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Alimentação especial. Direito à saúde. Direito à alimentação. Ponderação.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the discussions, in the line of research on transindividual rights, regarding the protection of the right to the provision of special foods by the State, either by public policy or by judicial means, verifying their effectiveness by the right to health and / or the right to food. For that, fundamental rights, especially social rights, are studied, verifying their conceptualization, the norms of fundamental rights, their effectiveness and their applicability. Part of the presupposition of study of the possibility of restriction of fundamental rights, against the arguments of the reserve of the possible and the existential minimum. It investigates the human right to adequate food, the right to food, the National Food and Nutrition Policy. The right to health, the SUS and its public policies covering the provision of medicines and special foods, the National Medicines Policy, the National Policy of Pharmaceutical Assistance and the National Policy for the Care of Persons with Rare Diseases are explored. The deepening of the study is carried out in some judged demanding special foods, checking the main lines of argument favorable and contrary to the supply of these special foods and the technique of weight and proportionality used in the decisions. The work seeks to contribute to the realization of the right to provide special foods by the State, using the deductive method applying bibliographic research, thematic analysis, textual, interpretative and jurisprudential.

Keywords: Fundamental rights. Particular nutritional uses. Right to health. Right to food. Weighting.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANVISA - AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA

APLV - ALERGIA À PROTEÍNA DO LEITE DE VACA.

CF/88 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

EC - EMENDA CONSTITUCIONAL

LOSAN - LEI ORGÂNICA DE SEGURANÇA ALIMENTAR NUTRICIONAL

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE

PNAN - POLÍTICA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO E NUTRIÇÃO

PNAPDR - POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO INTEGRAL ÀS PESSOAS COM
DOENÇAS RARAS

PNM - POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS

PRONAN - PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO E NUTRIÇÃO

RENAME - RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS

SISAN - SISTEMA NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL

SUS - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
2.1	DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO	16
2.1.1	A classificação dos direitos fundamentais.....	30
2.1.2	As normas de direitos fundamentais.....	34
2.1.2.1	Regras e princípios por Ronald Dworkin	36
2.1.2.2	Regras e princípios por Robert Alexy	39
2.1.3	A dupla dimensão dos direitos fundamentais	41
2.2	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	49
2.2.1	A eficácia dos direitos fundamentais sociais	53
2.2.2	As possibilidades de restrições dos direitos fundamentais sociais	57
3	O DIREITO AO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO ESTADO.....	62
3.1	OS ALIMENTOS ESPECIAIS E AS ALERGIAS ALIMENTARES	64
3.1.1	Os leites especiais e a Alergia à Proteína do Leite de Vaca (APLV).....	72
3.1.2	A fórmula de aminoácidos para a fenilcetonúria (PKU).....	74
3.1.3	Suplementos alimentares e a glicogenose	77
3.2	A PRESTAÇÃO DE ALIMENTAÇÃO ESPECIAL PELO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO.....	78
3.2.1	Fundamentação teórica: conceito, tipificação e efetivação	79
3.2.2	O Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA).....	82
3.2.3	As políticas públicas abrangentes.....	88
3.2.3.1	A Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN)	89
3.2.3.2	A Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN)	92
3.3	A ALIMENTAÇÃO ESPECIAL GARANTIDA PELO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	96
3.3.1	Fundamentação teórica: conceito, tipificação e efetivação	97
3.3.2	O sistema único de saúde e as políticas públicas de saúde.....	103
3.3.2.1	A Política Nacional de Medicamentos (PNM).....	106
3.3.2.2	A atuação da Política Nacional de Assistência Farmacêutica	109
3.3.2.3	A Atuação da Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras.....	111
3.4	CONCLUSÃO PARCIAL	112

4	A TUTELA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO ESTADO POR VIA JUDICIAL	114
4.1	A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ESPECIAL	115
4.2	LINHAS DE ARGUMENTAÇÃO FAVORÁVEIS AO FORNECIMENTOS DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO ESTADO NAS DEMANDAS JUDICIAIS .	121
4.2.1	A garantia do mínimo existencial.....	121
4.2.2	O direito à saúde	125
4.2.3	A proibição do retrocesso	130
4.3	LINHAS DE ARGUMENTAÇÃO CONTESTANDO O FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO ESTADO NAS DEMANDAS JUDICIAIS .	132
4.3.1	A reserva do possível	133
4.3.2	O princípio da separação dos poderes e a teoria do diálogo.....	139
4.4 A	PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL PARA A EFETIVAÇÃO DO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO ESTADO: ESTUDO DE CASOS	141
4.4.1	A ponderação como técnica racional para a resolver a colisão entre o direito à saúde e o princípio da reserva do possível.....	141
4.4.2	O princípio da proporcionalidade	146
4.4.3	O estudo de casos sobre alimentos especiais	148
4.4.3.1	Acórdão do STF favorável ao fornecimento de alimento especial para portador de alergia a proteína do leite de vaca - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.049.831, Pernambuco, 27.10.2017	149
4.4.3.2	Agravo de Instrumento julgado pelo Tribunal de Justiça do RS favorável ao fornecimento de alimento especial - Agravo de Instrumento nº 70075376871 do TJ/RS, 29.09.2017	152
4.4.3.3	Acórdão do Tribunal de Justiça do RS com decisão desfavorável ao fornecimento de alimento especial - Apelação Cível nº 70057352510, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 30.01.2014	153
4.5	CONCLUSÃO PARCIAL SOBRE A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ENTRE A COLISÃO DO DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL	156
4.6	A AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE SAÚDE Nº 4, O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A IMPORTÂNCIA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ATENDIMENTO DAS DEMANDAS SOBRE ALIMENTOS ESPECIAIS (LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO - LEI Nº 13.146/15)	158
4.6.1	A audiência pública do STF sobre a judicialização da saúde (Audiência nº4).....	159
4.6.2	O Conselho Nacional de Justiça (CNJ)	163

4.6.3	O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão - Lei nº 13.146/15).....	165
5	CONCLUSÃO	167
	REFERÊNCIAS.....	171

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde foi internacionalmente discutido e reconhecido pelo Brasil, com a aprovação da Declaração de Alma-Ata em 1979, comprometendo-se a direcionar esforços em promover a saúde. A atual Constituição Cidadã brasileira tipificou em seu ordenamento que a saúde é um direito fundamental devendo ser garantida mediante políticas públicas.

A alimentação é a principal fonte de nutrientes essenciais para a manutenção da vida do ser humano. Da mesma forma, o direito à alimentação também está garantido pela Carta Magna brasileira como um direito fundamental.

Normalmente, as pessoas acometidas por doenças são tratadas com medicamentos, porém, as doenças alérgicas, metabólicas e gastrointestinais necessitam de uma terapia regrada basicamente na alimentação. A cura ou a minimização dos sintomas são promovidas com o uso de alimentos especiais. Fruto disso, o custo elevado para a aquisição desses alimentos especiais obriga os pacientes a procurarem a administração pública para exigir tais produtos do Estado.

O presente trabalho está eixado na linha de pesquisa das tutelas à efetivação dos direitos transindividuais, tendo como tema o estudo da tutela à efetivação do direito fundamental à saúde no fornecimento de alimentos especiais pelo Estado pela via judicial. O tema foi delimitado na prestação de alimentos especiais – leites especiais, fórmulas nutricionais e fórmulas de aminoácidos – descartando os demais medicamentos, tratamentos médicos no exterior, fornecimento de próteses e órteses, dentre outros. Referente aos alimentos especiais focou-se nos produtos mais requisitados por via judicial.

A importância do tema é justificada devido à grande repercussão nacional que o direito à saúde tem em toda a sociedade e no universo jurídico, com um gasto estimado em mais de cem bilhões anuais, sendo foco para os Poderes e para os entes federados. Além disso, o direito fundamental pesquisado está diretamente ligado ao direito à vida, o bem mais precioso de todo cidadão. Devido à relevância do tema, o debate sobre a saúde alçou a Suprema Corte Brasileira, em função da complexidade e relevância do assunto, recebendo o respaldo jurídico do Supremo

Tribunal de que o direito ao fornecimento de medicamentos deve ser analisado caso a caso.

As demandas judiciais referentes à solicitação de prestação de alimentos especiais pelo Estado estão aumentando consideravelmente. Embora exista a previsão normativa para a garantia do fornecimento de medicamentos(alimentos especiais) por políticas públicas é questionável que a Administração Pública esteja atendendo de maneira satisfatória. Posto isso, o Poder Judiciário está sendo acionado para concretizar essas políticas públicas, agindo como protagonista, impactando o orçamento público da saúde dos entes federados. Nesse sentido, questiona-se limitar o direito à saúde frente à escassez de recursos e à reserva do possível.

O Sistema Único de Saúde é o órgão federal responsável por desenvolver as políticas públicas para atender às demandas na área da saúde da sociedade. O grande impasse é que os alimentos especiais são caros. Alguns membros do Ministério da Saúde entendem que, por serem alimentos, não devem ser tratados como medicamentos, conseqüentemente, não devem ser fornecidos pelo SUS.

A proposta do presente trabalho é apontar as possibilidades de tutelar efetivação da prestação de alimentos especiais para portadores de doenças alergênicas, metabólicas e gastrointestinais pelo Estado. Visando atender-se o objetivo principal da dissertação, foram definidos os seguintes objetivos específicos:

- (i) estudar os direitos fundamentais e a sua estrutura das normas;
- (ii) aprofundar o estudo nos direitos fundamentais sociais, estudando a eficácia e as possibilidades de restrições;
- (iii) analisar o direito à alimentação verificando se as suas políticas públicas atendem às necessidades das prestações de alimentos especiais;
- (iv) analisar o direito à saúde verificando se as suas políticas públicas atendem às necessidades das prestações de alimentos especiais;
- (v) verificar pelo estudo de casos judicializados as linhas de argumentação favoráveis e desfavoráveis nos julgados sobre alimentos especiais;

- (vi) verificar a postura adotada pelos magistrados nos critérios racionais empregados para a solução de colisão de normas na efetivação das demandas sobre alimentos especiais;
- (vii) verificar a Audiência Pública nº 4, o CNJ e a Lei Brasileira de Inclusão sobre os aspectos dos alimentos especiais; e
- (viii) concluir sobre qual é a melhor solução para a efetivação do direito à alimentação especial.

A metodologia empregada será a abordagem dedutiva, valendo-se de pressupostos materiais de referência casuística, com tipo de pesquisa bibliográfica e técnica de análise temática, textual, interpretativa e jurisprudencial. Para tanto, a dissertação está proposta em realizar o levantamento da legislação sobre o tema, verificar as técnicas de interpretação das normas presentes na doutrina brasileira e internacional para solucionar os denominados *hard cases*, e por fim, verificar quais são as soluções apresentadas pelos entes federados.

Para o desenvolvimento da pesquisa, foi dividido o trabalho em três seções.

A primeira seção destina-se a estudar os direitos fundamentais, como se classificam, quais são os tipos de normas de direitos fundamentais, as peculiaridades dos direitos fundamentais sociais, como se dá a sua eficácia e se existe a possibilidade de restringi-los.

A segunda seção foi subdividida em quatro partes. A primeira trabalhará com o estudo dos alimentos especiais delimitados na pesquisa (APLV, fenilcetonúria e glicogenose), verificando as peculiaridades de suas doenças, suas causas, diagnósticos, tratamentos com alimentos especiais e custos. Na segunda parte, será verificado o direito à alimentação e se nele se enquadram os alimentos especiais. A terceira parte busca verificar se o alimento especial é abarcado pelo direito à saúde, analisando as políticas públicas de saúde existentes sobre o fornecimento de medicamentos. A quarta parte visa apresentar uma conclusão parcial do estudo.

Na terceira seção, será tratada a tutela da efetivação do direito à saúde no fornecimento de alimentos especiais pelo Estado por via judicial. Para tanto, a seção foi subdividida em seis partes. A primeira abordará a atuação do Poder Judiciário como garantidor do direito à alimentação especial e o seu protagonismo na efetivação das políticas públicas. A segunda parte apresentará as linhas de

argumentação favoráveis ao fornecimento de alimentos especiais empregadas nas demandas judiciais. A terceira parte visa apresentar as linhas de argumentação contrárias ao fornecimento dos alimentos especiais. A quarta parte será destinada a estudar as técnicas racionais para solucionar uma colisão de direitos fundamentais, a subsunção, a ponderação e a máxima da proporcionalidade. Na quinta parte, será apresentada uma conclusão parcial sobre a colisão entre o direito à saúde e a reserva do possível. Na sexta parte, será analisada a audiência pública sobre saúde ocorrida no STF em 2009, que tratou de temáticas fundamentais para a solução do trabalho; o trabalho do CNJ nos temas inerentes à saúde e o estudo da Lei Brasileira de Inclusão como ferramenta de garantia da prestação de alimentos especiais.

Com isso, a presente pesquisa pretende apresentar uma pequena contribuição para a efetivação do fornecimento de alimentos especiais para os pacientes necessitados, buscando melhorar sua qualidade de vida, garantir o seu crescimento saudável e seu bem maior, a vida. Na esfera no Poder Judiciário, busca-se despertar o debate sobre o assunto e um método para auxiliar a solução do caso.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O fim da Segunda Grande Guerra deixou grandes sequelas no mundo, despertando a sociedade para uma necessidade de garantia e de promoção dos direitos humanos em diversos países. Vivenciou-se, nessa época, então uma “juridificação”¹ com o propósito de substituir os debates jurídicos por uma regulamentação legal de normas que formalizassem tais direitos considerados fundamentais – formalismo jurídico.

A alimentação é, sem sombras de dúvidas, um desses direitos que são considerados fundamentais. O alimento atende a uma das necessidades básicas dos seres humanos, essencial para a sua subsistência, ou seja, para a manutenção da sua vida e da sua saúde.

O presente trabalho tem como objeto de estudo a alimentação que se ousa denominar de “especial”, com o intuito de trazer à luz a especificidade desse alimento. Os alimentos que constituem o foco do estudo são os alimentos específicos destinados aos portadores de doenças alérgicas, como, por exemplo, a alergia à proteína do leite da vaca (APLV), a doença celíaca e a glicogenose, as quais serão também estudadas especificamente mais à frente nesta dissertação.

Acredita-se, inicialmente, que a tutela da efetivação do direito à prestação de alimentos especiais seja um direito fundamental pelo simples fato de que uma das consequências da falta dessa alimentação poder ser a morte. Torna-se imperativo então buscar em qual direito fundamental a alimentação especial está escorada e garantida.

Em um primeiro momento, vislumbra-se que o direito à alimentação especial - termo este que será explicado e investigado minuciosamente mais adiante - pode ser garantido pelo direito à alimentação adequada ou pelo direito à saúde, ambos direitos fundamentais que se encontram caracterizados na Constituição.

¹ ANDREWS, Christina W. Os conceitos de burocracia e burocratização: teoria da modernidade e a condição periférica. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 34., 2010, Caxambu. **Anais...** Caxambu: APNPOCS, 2010. Disponível em: <<http://www.anpocs.org>>. Acesso em: 28 nov. 2015. p. 9.

A primeira premissa é que a sua efetivação estaria inserida na moldura do direito à alimentação adequada, pela congruência da adequação de determinado alimento especial para específica doença. A segunda premissa suscita-se na hipótese do direito à alimentação especial estar sustentado no direito à saúde.

Assente ainda uma terceira hipótese de as duas premissas serem verdadeiras. Assim vislumbrado que as três hipóteses da dissertação são direitos fundamentais, torna-se imperioso aprofundar o estudo dos direitos fundamentais.

Posto isso, faz-se necessário delimitar o objeto de estudo dos direitos fundamentais, haja vista que tais direitos são extremamente complexos. A delimitação torna-se essencial porquanto a abrangência do tema direitos fundamentais, com suas diversas teorias, classificações, interpretações, características e peculiaridades, excederia o tempo previsto, assim como a limitação textual de uma dissertação de mestrado.

Para tanto, a presente seção foi dividida de maneira que pudesse abarcar os pontos considerados mais relevantes; delimitando o estudo aos direitos fundamentais sociais e a algumas considerações pontuais sobre direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, abordam-se alguns conceitos de direitos fundamentais, o histórico dos direitos fundamentais, as normas de direitos fundamentais – regras e princípios – procurando perquirir o fato, o valor e a norma.

O segundo momento versará sobre o estudo mais específico dos direitos fundamentais sociais, quais sejam, os direitos de segunda geração, limitando-se a uma análise mais realista do direito à saúde e do direito à alimentação adequada procurando desvendar suas peculiaridades, sua tipificação, seu âmbito de proteção, sua aplicabilidade e sua eficácia. Passa-se então ao estudo dos direitos fundamentais.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A expressão direitos fundamentais (*droits fondamentaux*) surge inicialmente em 1770, em pleno alvoreço cultural e político da Revolução Francesa e com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Posteriormente, com o nome de *Grundrechte*, teve especial atenção na Constituição de Weimar de 1919.²

Ressalta-se que, conforme Dimoulis e Martins³, os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos das pessoas físicas ou jurídicas contidos em dispositivos constitucionais, que encerram o caráter normativo supremo dentro do Estado tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Parte-se do pressuposto de que a definição precisa dos direitos fundamentais é extremamente complexa e mostra-se uma missão hercúlea, conforme expressa Araujo⁴, destacando que a principal dificuldade é a busca de um fundamento absoluto sobre o qual respaldá-los. Entretanto, afirma o autor que Robert Alexy destaca que um conceito jurídico adequado de direitos fundamentais pressupõe fundamento extraído da Constituição vigente. Tal afirmação descarta as teorias dos direitos fundamentais que vigoraram no passado e as teorias *per se* que entendem e procuram firmar a validade universal.

Schier⁵ entende que os direitos fundamentais “traduzem os valores que identificam o núcleo de anseios sociais” afirmando que, de acordo com a Constituição Federal, trata-se do conjunto axiológico que deve direcionar o projeto de Estado visualizado pelo poder constituinte originário. Nesse cenário, o núcleo seria o direito à alimentação, como elemento mínimo para a sobrevivência do ser humano, e o direito à saúde mínima, garantindo a cura de doenças e conseqüentemente a vida.

No mesmo trilha doutrinário Marmelstein⁶ apresenta os direitos fundamentais como sendo:

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 29.

³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009. p. 118-119.

⁴ ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de. **Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 62.

⁵ SHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: anotações nucleares. 8. tir. Curitiba: Juruá, 2008. p. 126-127.

⁶ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

Pode-se extrair do conceito de Marmelstein um aspecto, merecedor de destaque e um estudo mais aprofundado, que é a limitação de poder. Será que os direitos fundamentais são ilimitados? Não poderiam estes ser preteridos por outro direito fundamental, quando de uma colisão entre direitos fundamentais em um caso concreto? Em função desse motivo, resolveu-se separar um espaço para o estudo das possibilidades de limitação ou de restrição dos direitos fundamentais.

Um grande estudioso do Direito, Bobbio⁷, em sua obra intitulada “a era dos direitos”, apresenta quatro dificuldades para a concretização de conceituar os direitos fundamentais. A primeira dificuldade seria o “conteúdo aberto desses direitos” como, por exemplo, definir direito à saúde. Assim, pode-se pontuar que a saúde para um brasileiro residente em uma cidade grande é totalmente diferente da saúde para um índio residente na Amazônia. A segunda dificuldade refere-se à mutabilidade histórica desses direitos. O direito não é estático, rígido, ele vai se moldando conforme o entendimento e os anseios dos cidadãos, tomando como exemplo o direito à saúde, que anteriormente possuía o escopo de remediar e de curar as doenças; e hoje, abrange também a prevenção, com políticas públicas de atendimentos e vacinas. A terceira dificuldade seria a heterogeneidade do objeto de proteção dos direitos fundamentais. A quarta seria a antinomia entre esses direitos heterogêneos. A conclusão desses questionamentos apresenta uma intenção de conceituar os direitos fundamentais com validade universal e imutável.

Posto isso, uma definição de direitos fundamentais na perspectiva da garantia de sua efetividade representa uma tarefa complexa atualmente. Essa incumbência árdua enfrentada por estudiosos, tanto de direitos humanos quanto de direitos e princípios constitucionais, é devido à grande disparidade de algumas decisões de casos considerados similares, mas que não sustentam os mesmos argumentos na decisão judicial.⁸

Fica nítido que, conforme Silva⁹ doutrina, os direitos fundamentais tratam-se de situações jurídicas sem as quais qualquer pessoa não se realiza, não convive e, às vezes, nem sobrevive, como é o caso do direito à saúde e do direito a alimentar-

⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17-22.

⁸ CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 104.

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 789, abr. 2002a. p. 178.

se corretamente. Esses direitos são fundamentais no sentido de que a todos, igualmente, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas também concreta e materialmente efetivados.

Quando se fala em direito fundamental, retrata-se uma categoria jurídica complexa, podendo ser analisada de diversos ângulos. No que toca a esse respeito, Pereira¹⁰ afirma que tal fato se dá porquanto os direitos fundamentais assumem, no constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo), o relato de ser “um resultado de um longo processo histórico em que foram ampliados, progressivamente, o seu alcance e a sua força vinculante no ordenamento”. Para a referida autora, na visão terminológica, o vocábulo direito fundamental expressa uma noção própria da teoria constitucional recente, existindo uma tendência a usar a expressão para designar os direitos humanos reconhecidos e positivados em determinada ordem constitucional. Assim, o termo direitos humanos teria um alcance mais amplo, sendo usado para referenciar os direitos do homem reconhecidos internacionalmente.

Oportuno mencionar que a correta terminologia empregada sobre os direitos do homem é dividida tecnicamente em: direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos do homem estão relacionados ao direito natural e são considerados valores ainda não positivados, encontram-se em uma fase de pré-positivação. Os direitos humanos representam os valores positivados na esfera internacional e, por fim, os direitos fundamentais, que estão tipificados no âmbito interno do país, na esfera constitucional. Desta maneira, pode-se perceber que, apesar da diferenciação apresentada, destaca-se que todos eles são caracterizados por estarem unidos em valores éticos, sopesados na dignidade da pessoa humana e na limitação de poder.¹¹

¹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 75.

¹¹ ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.

Segundo Sarlet¹², são direitos fundamentais:

Todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam sediados no Título II da Constituição Federal (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados ao Brasil.

Dos direitos fundamentais, torna-se imprescindível extrair que detêm um grande conteúdo ético, relativo ao aspecto formal. Tal conceito está diretamente ligado aos valores básicos da vida e da sociedade, que tradicionalmente são: a dignidade da pessoa humana e a limitação do poder.

Feitas tais considerações, passa-se a conceituar a dignidade da pessoa humana como valor. During desenvolveu uma fórmula na Alemanha, a qual expressa que a dignidade humana é sempre violada quando um cidadão é rebaixado a um objeto, a um instrumento, ou tratado como uma coisa, sendo descaracterizado e desconsiderado como um sujeito de direitos. Nessa toada, Sarlet¹³ apresenta um conceito de dignidade da pessoa humana, que diz:

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

Os atributos da dignidade humana estão a título de exemplo: no respeito à autonomia da vontade, no respeito à integridade física e moral, na não coisificação do ser humano e na garantia do mínimo existencial. Esses atributos estão relacionados ao respeito ao outro, que, de maneira sintética, conceituam o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁴

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a. p. 223.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002a. p. 59 a 62.

¹⁴ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16.

A dignidade da pessoa humana está diretamente interligada aos direitos fundamentais, sendo considerada como uma ferramenta emanada do povo com a finalidade de restringir o poder político e econômico do Estado, como uma reserva de justiça assegurada a todas as pessoas.

Assim, considera-se o marco inicial dos direitos humanos a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Documento máximo da Revolução Francesa já afirmava que “o Estado que não reconhece os direitos fundamentais, nem a separação dos poderes, não possui Constituição”.¹⁵

De outro vértice, a dificuldade da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se na polissemia da expressão “dignidade da pessoa humana”¹⁶ que engloba a proteção de todos os direitos da pessoa, dos mais elementares ao mais complexos, dos quais inúmeros ainda sequer foram trabalhados, citando como exemplos a bioética e a privacidade na internet.

Essa assertiva confirma a complexidade de conceituação dos direitos fundamentais em regras rígidas. Primeiro por abarcar uma gama ampla de normas, ademais as normas modificam-se com o passar dos tempos - exemplo clássico é o adultério - conforme o entendimento do povo, que é responsável pelas propostas de alterações, seja pelo voto, ou seja, por seus representantes. Posteriormente, serão abordadas as normas de direitos fundamentais, que são divididas em regras e princípios. A análise de características e de diferenças dos direitos fundamentais será realizada, culminando com a apresentação da subsunção e da ponderação como ferramentas aplicadoras na efetivação das normas e princípios.

Sobre o assunto, entende de maneira um pouco divergente Novelino¹⁷ que retrata:

A dignidade em si não é direito, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. Para o autor o ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover esse valor. O reconhecimento da dignidade como fundamento impõe aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários para uma vida digna.

¹⁵ MARMELSTEIN, 2013. p. 35.

¹⁶ CARLINI, 2014. p. 107.

¹⁷ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2009. p. 348.

O dever de respeito impede a realização de atividades prejudiciais à dignidade (“obrigações de abstenção”). O dever de proteção exige que uma ação positiva dos poderes público na defesa da dignidade contra qualquer espécie de violação, inclusive por parte de terceiros. O dever de promoção impõe ao Estado uma atuação no sentido de proporcionar os meios indispensáveis a uma vida digna.

Por conseguinte, de maneira similar, destacando as relações, Nunes Júnior¹⁸ conceitua dignidade humana como:

O postulado ético 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 o faz dignitário de um valor absoluto, donde exsurge um regime jurídico que apresenta uma feição negativa e uma positiva.

A primeira impõe aos demais e ao Estado o dever de respeito à sua incolumidade física, psíquica e social (entendida aqui como liberdade para se auto-determinar e para, com os demais, participar da autodeterminação da comunidade na qual se integra).

A segunda consubstancia a exigência de prestações do Estado que se 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.).

Como se denota, uma característica particular do regime jurídico dos direitos fundamentais consiste na proteção que esses direitos se propõem em face de outros e perante o Estado, inclusive protegendo a vontade das minorias, agindo como um trunfo contra a maioria, parafraseando Dworkin.

Nessa lógica, torna-se oportuno mencionar que a separação de poderes constitucionais representa um requisito fundamental para a garantia dos direitos fundamentais. Nesse íterim, o magistrado *Charles-Louis de Secondat*, Barão de Montesquieu, ao apresentar o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) foi muito preciso ao afirmar que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele, para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”¹⁹.

¹⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 114.

¹⁹ MONTESQUIEU, C. S. O. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 200.

Esse sistema é um dos principais responsáveis por garantir os direitos fundamentais porquanto sua teoria persiste vigorando até os dias atuais, sendo adotada na maioria dos países do mundo. Nessa concepção, o povo, representado por políticos eleitos, dignos representantes que são os principais responsáveis pela elaboração das leis e pelos demais poderes constitucionais, possui todas as ferramentas para exercer a fiscalização e a concretização desses direitos.

Corroborando esse entendimento, Leal²⁰ considera que essa divisão dos poderes estatais, representada pela tripartição de Montesquieu, foi proposta com a finalidade de evitar o excesso de poder e de força, permitindo um comprometimento entre os poderes a partir de uma relação mútua de fiscalização e de todos em direção ao social.

Locke²¹ detém grande parcela de participação na teoria da tripartição de poderes, porquanto, anteriormente a Montesquieu, defendeu a bipartição dos poderes entre o poder legislativo e o governo (executivo e federativo). Para o autor, a função judicial tinha como missão residual dirimir as controvérsias entre particulares, e, quando necessário, punia os transgressores, juntamente com o Poder Legislativo.

Cabe assinalar que a Constituição Federal de 1988 não separa totalmente as funções estatais dos poderes, visto que possibilita diversas formas de participação dos órgãos nas atividades típicas dos demais poderes, como ocorre, por exemplo, com a previsão do veto do Presidente da República a projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, tipificado no art. 66, §1º e 2º da CF/88; a nomeação dos magistrados dos tribunais superiores pelo Presidente da República, tipificado no art. 84, XIV, CF/88; a adoção de medidas provisórias, com força de lei, tipificado no art. 62 da CF/88; o poder de acionar o processo legislativo pelo Presidente da República e dos Tribunais Superiores, conforme o art. 61 da CF/88.²²

²⁰ LEAL, Rogério Gesta. **O estado-juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 44.

²¹ LOCKE, John. **Segundo tratado de governo**: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2007. p. 35-43.

²² TEIXEIRA, Iris Catarina Dias. **Direito social à saúde e ativismo judicial**: gerenciamento das políticas públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015. p. 48.

Dessa feita, subseqüentemente a temática será novamente trazida à baila ao ser analisada a questão da judicialização da saúde e do protagonismo do poder judiciário, em que a abordagem do princípio da separação dos poderes, caracterizado pela não interferência do poder judiciário nos poderes Executivo e Legislativo, por ocasião da obrigatoriedade do fornecimento de alimentos especiais por decisões judiciais, estará presente.

Feitas tais considerações, após a consolidação dos direitos e do sistema de garantia dos direitos fundamentais, passa-se para a apresentação das chamadas “gerações dos direitos”²³, a fim de identificar onde se encontra localizado o direito à alimentação especial. A teoria das gerações dos direitos surgiu em 1979, por um jurista tcheco, naturalizado francês, chamado de Karel Vasak.

De maneira sintética, sua teoria inspirou-se no lema da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade. A Teoria das gerações dos Direitos Fundamentais possui três gerações: a primeira geração diz respeito à liberdade (*liberté*), que são os direitos civis e políticos; a segunda geração baseia-se na igualdade (*égalité*), representando os direitos econômicos, sociais e culturais; e a terceira geração escora-se na fraternidade (*fraternité*), que são os direitos à solidariedade, ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente.²⁴

A Teoria das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais dispõe de reconhecimento mundial e vem sucedendo na jurisprudência do Brasil há anos, inclusive no STF. Alguns doutrinadores, dentre eles Paulo Bonavides²⁵, entendem existirem até cinco gerações de direitos fundamentais.

Exemplo da importância dessa teoria aplicada é o emprego da teoria das gerações pelo Ministro Celso de Mello, do STF, que emprega na grande maioria dos votos que profere em matéria ambiental, a teoria das gerações dos direitos fundamentais com o propósito de justificar uma proteção especial ao meio ambiente, o qual representa um direito de terceira geração, conforme o magistrado explica:

²³ MARMELSTEIN, 2013. p. 37.

²⁴ Idem.

²⁵ BONAVÍDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, 2008. p. 66.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis pela nota de uma essencial enexauribilidade.²⁶

De outra banda, apesar de reconhecida internacionalmente, a teoria das gerações recebeu algumas críticas, conforme defende Trindade²⁷, afirmando que tal teoria foi desenvolvida por acaso:

Em primeiro lugar, essa tese das gerações dos direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Kasak e perguntei: “por que você formulou essa tese em 1979? Ele me respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer uma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa”- ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muito a sério, mas como tudo que é palavra chavão, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir as gerações de direitos.

Pérez Luño²⁸ destaca, criticando, que os direitos fundamentais são indivisíveis, haja vista não obedecerem a um projeto cronológico de evolução, podendo ocorrer avanços, contradições e retrocessos, entretanto sem que se relacione a uma separação, existe sempre uma relação de interdependência entre eles.

Nessa oportunidade, pode-se concluir que não há uma distinção metodológica exata que obriga a classificar um direito fundamental em uma única geração de direito, ocorrendo um direito fundamental que “pode estar sujeito a mais de uma geração, razão esta que justifica a utilização da nomenclatura de ‘dimensões’, visto

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22164-SP, Tribunal Pleno, Relator Celso de Mello, Julgamento em 30 de outubro de 1995, Publicado em DJ 17-11-1995. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>>. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 1.

²⁷ TRINDADE, Cancado. **Seminário de direitos humanos das mulheres: a proteção internacional**. 2014. Disponível em: <http://WWW.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cncado_Bob.htm>. Acesso em: 20 set. 2017. p. 1.

²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Concepto e concepción de los derechos humanos**. Doxa: Alicante, 1987. (Documento n. 4) p. 56.

que transmite uma ideia de convivência entre as mesmas, e não de superação”²⁹. Um ótimo paradigma deste inter-relacionamento apresenta-se no direito à saúde, que, conforme Araújo, engloba a primeira dimensão pela inviolabilidade por parte do Poder Público ou de terceiros, e também se enquadra no direito de segunda geração, quando nos casos de fornecimento de prestações de medicamentos pelo Poder Público.

Após destacar a importância da teoria para o estudo dos direitos fundamentais e apresentar o contraponto referente à crítica, aprofundar a teoria e estudar suas gerações ou dimensões torna-se crucial.

Os direitos de primeira dimensão estão relacionados a uma atuação negativa do Estado, com uma obrigação de não fazer, garantindo, nesse caso, a plena satisfação de tais direitos. O Estado interfere de maneira direta na vida dos cidadãos no âmbito econômico, religioso, político e jurídico.

Beccaria³⁰ apresenta em seu escrito *Dos delitos e das penas*, de 1764, uma crítica ao sistema autoritário penal em que os juízes condenavam os acusados sem, ao menos, garantir o direito de defesa e contraditório, aplicando penas impiedosas, desumanas e desproporcionais. Assim, surgem, nos séculos XVII e XVIII, as revoluções liberais que culminaram com a criação de um novo estado, o estado democrático de direito. Efeito desse processo, são proclamadas as Declarações de Virgínia, em 1776, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Seus propósitos eram proteger a propriedade, a liberdade, os direitos políticos, a igualdade formal e as garantias processuais.

A diferença entre as Declarações Americana e Francesa consiste na última possuir um caráter universal³¹. Já os americanos pretendiam assegurar os direitos de liberdades, focados na situação particular vivenciada naquele momento³².

²⁹ ARAUJO, 2015. p. 67.

³⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 41.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 133.

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002b. p. 161.

Nesse tempo, a política do *laissez faire et laissez passer* não era suficiente o bastante para garantir a dignidade da pessoa humana da classe proletária que criticava o Estado Liberal, “sua única função consistia em manter, em proveito da classe dominante, a máquina coercitiva da sociedade burguesa e capitalista”³³.

Perez Luño³⁴ afirmava que os direitos fundamentais de liberdade estavam mais direcionados para a proteção da burguesia dominante do que do homem como um todo.

Atualmente, os direitos de primeira geração são exercidos mediante custos e gastos estatais; particularmente no Brasil, um país com dimensões continentais; e a título de exemplo cita-se o período do pleito eleitoral, que demanda um alto custo com o envio de urnas eletrônicas a todas as cidades para que se garanta o pleno direito de voto de todos os cidadãos brasileiros.³⁵

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais em que o Estado detém a obrigação de propiciar aos cidadãos o pleno direito de forma contínua, exemplificado com a igualdade material e os direitos trabalhistas. Os motivos determinantes para o surgimento dos direitos de segunda dimensão foram: o impacto da industrialização; os graves problemas sociais e econômicos emanados pelas doutrinas socialistas; e a constatação de que a consagração formal de liberdade e de igualdade não garantiam o pleno gozo, fato que gerou o surgimento de protestos e reivindicações, resultando no reconhecimento progressivo de direitos sociais.³⁶

Esses movimentos principiaram na Rússia, com Karl Marx que conduziu uma incitação aos trabalhadores do mundo para que se unissem e tomassem poder, com a intenção do proletariado assumir o governo, em 1848. Tal cenário foi divulgado por sua obra *Manifesto comunista*. Assim, em 1917 ocorre a primeira grande revolução socialista que sinaliza ao mundo capitalista a importância da classe operária. Tal acontecimento fez com que a Igreja Católica se manifestasse contra as ideias de Karl Marx, entretanto apresentou em 15 de maio de 1891 a

³³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47.

³⁴ PÉREZ LUÑO, 2007. p. 38.

³⁵ CARLINI, 2014. p. 109.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia, efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b. p. 47.

encíclica *Rerum novarum*, que propunha o reconhecimento de direitos trabalhistas, criticando as condições precárias a que os trabalhadores eram submetidos.³⁷

Dessa feita, a Constituição do México de 1917 foi a primeira carta nacional a registrar, em seu ordenamento pátrio, o conjunto de direitos sociais do homem, mesmo que de maneira singela³⁸. Tal fato vai de encontro ao que ocorreu no Manifesto Comunista de Marx e Engels de 1848, que não reconhecia as garantias dos direitos individuais, já que a carta mexicana conciliava os direitos de liberdade e os direitos sociais³⁹.

Apesar disso, o marco sistemático definitivo dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais foi a Constituição de Weimar, de 1919, que exerceu maior influência no constitucionalismo do pós Primeira Guerra.⁴⁰

Nesse ambiente, surge o *Welfare State* como um modelo político que propõe o Estado do bem-estar social, procurando a igualdade social e a garantia de condições da dignidade de pessoa humana, mesmo sem o afastamento do capitalismo. Nesse modelo, surge a afirmação da fragilidade do trabalhador na situação de contrato de trabalho, em que ficam garantidos, pelo ordenamento jurídico, limites aos empregadores. Ademais são fixados os direitos mínimos, como, por exemplo, o salário mínimo, as férias, o direito de greve, a limitação da jornada de trabalho, o piso salarial, dentre outros.⁴¹

Os Estados Unidos, já considerados entre as grandes potências mundiais, sofrem, em 1929, uma das maiores crises com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque. Tal acontecimento foi o causador da grave recessão financeira americana, denominada “Grande Depressão”, ocasionando desemprego e miséria. O presidente dos EUA, Franklin Delano Roosevelt, desenvolve um programa político para garantir maior intervenção do Estado na economia e maior investimento nas políticas sociais do país, denominado *New Deal*, o qual incluía o reconhecimento de

³⁷ MARMELSTEIN, 2013. p. 45.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 164.

³⁹ PÉREZ LUÑO, 2007. p. 61.

⁴⁰ SILVA, 2009b. p. 164.

⁴¹ MARMELSTEIN, 2013. p. 46.

direitos dos trabalhadores, como a limitação da jornada de trabalho, o seguro-desemprego e os pisos salariais.⁴²

No Brasil, os direitos de segunda geração surgem tipificados na Constituição de 1934 e de 1946. Pode-se citar dentre estes alguns direitos sociais como a aposentadoria, a educação, a assistência social e a proteção aos trabalhadores⁴³. Encontra-se nessa segunda dimensão o núcleo do presente estudo: o direito à saúde e o direito à alimentação, representantes legítimos dos direitos fundamentais sociais. Dessarte, tais direitos serão destacados em tópico específico.

Os direitos de terceira geração nascem com o propósito de internacionalização dos direitos defendidos como sendo universais. A dignidade da pessoa humana e o aumento de acordos internacionais firmados entre diversos países destacam a importância da proteção mundial visando a um sentimento de solidariedade mundial. Nessa geração, são considerados de terceira dimensão: o direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, ao desenvolvimento, à fraternidade mundial e à comunicação.

O marco categórico dessa geração deu-se em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apresentando ao mundo o interesse e o comprometimento da grande maioria dos países em garantir os direitos fundamentais. Esse foi o “*start*” para o surgimento de outros tratados internacionais como o Pacto de San José da Costa Rica, o qual tratou sobre direitos civis e políticos, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁴⁴

Ademais, o cenário mundial verificou a necessidade de criação de organismos internacionais responsáveis por julgar as demandas internacionais garantidoras do cumprimento dos Acordos Internacionais firmados, que culminaram com a criação de diversos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.⁴⁵

No cenário brasileiro, ocorreu um alinhamento com as normas jurídicas internacionais, das quais o Brasil é signatário, para o ordenamento pátrio. Particularmente, concernente ao meio ambiente, o Brasil foi elogiado ao criar um

⁴² MARMELSTEIN, 2013. p. 46.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem. p. 47.

⁴⁵ Idem.

capítulo específico para a proteção ao meio ambiente. Conforme consta no art. 225 da CF/88:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.⁴⁶

Finda-se, dessa maneira, a teoria das gerações de Karel Vasak, que apresenta as três gerações dos direitos fundamentais. Verifica-se oportuno mencionar ainda que, devido à evolução contínua da humanidade e do direito, Bonavides⁴⁷ defende uma quarta geração de direitos fundamentais, a qual retrata o direito à democracia, o direito à informação e ao pluralismo, ambos como uma garantia da cidadania e da liberdade dos povos. Por fim, o catedrático ainda defende uma quinta geração que trata da paz universal.

2.1.1 A classificação dos direitos fundamentais

Em sede de prelúdio, é fundamental estudar a classificação dos direitos fundamentais com o propósito de verificar em que tipo se enquadram o direito à saúde e o direito à alimentação, direitos elencados como possíveis garantidores do direito à alimentação adequada.

A primeira questão importante sobre os direitos fundamentais é a diferença entre os direitos de defesa (de liberdade) e os direitos sociais (a prestações). No que toca a esse respeito, destaca-se a confirmação dessa classificação por Sarlet⁴⁸, asseverando que uma classificação dos direitos fundamentais, referente às funções exercidas por eles, deve ser pela distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações.

Os direitos de defesa são os direitos fundamentais assegurados a todo cidadão pela não interferência do Poder Público na esfera de sua liberdade individual. Observa-se que o indivíduo dispõe de uma pretensão de abster, de revogar, de anular e de se proteger, inclusive contra terceiros, cabendo ao Estado

⁴⁶ MARMELSTEIN, 2013. p. 48.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 524.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 162-167.

agir para garantir seu direito⁴⁹. Conforme divisão realizada por Alexy⁵⁰, os direitos de defesa, do cidadão contra o Estado, podem ser separados em três grupos. O primeiro grupo retrata o direito do cidadão de não sofrer ou não ser impedido pelo Estado de realizar as ações legítimas do titular do direito, como por exemplo, a livre escolha da profissão. O segundo grupo refere-se aos direitos de não afetar as características ou as situações do titular do direito, ou seja, a não afetação na esfera privada. Por derradeiro, o terceiro grupo enquadra a proibição do Estado de eliminar direitos ou “posições jurídicas do titular do direito”⁵¹.

A título de exemplo de direitos de defesa, Pivetta⁵² cita o direito fundamental à saúde, segundo o qual o Estado não pode obrigar um indivíduo soro positivo para HIV a realizar o tratamento medicamentoso. Tal procedimento deverá ser decidido pelo cidadão, sendo, então, respeitado o seu direito, caso se negue a realizar o tratamento. O referido autor ainda menciona outro exemplo referente ao direito à saúde que confirma o direito de defesa: nenhum paciente com crença na religião Testemunha de Jeová será obrigado a receber transfusão de sangue caso se manifeste seu desinteresse por tal procedimento.

Fica notório, por conseguinte, que o direito à saúde e o direito à alimentação adequada são também direitos de defesa, conforme constatou-se nas citações anteriores. Assim, o estudo segue com os direitos a prestações, de acordo com a classificação de Robert Alexy e de Ingo Sarlet, para procurar dimensionar o direito à saúde e o direito à alimentação adequada.

Os direitos a prestações são os direitos que obrigam o Estado a criar pressupostos fáticos a fim de concretizar os direitos fundamentais, dispondo ao titular do direito a possibilidade de pretensão a prestações pelo Estado.⁵³

Convém ressaltar que Alexy⁵⁴ afirma que os direitos os quais os cidadãos possuem em face do Estado - de realização de ações positivas - são divididos em dois grupos: o primeiro é o direito concernente ao mínimo existencial; e o segundo

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 196.

⁵¹ p. 303.

⁵² PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle social. 2013. 270f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 35.36.

⁵³ MENDES, 2004. p. 6.

⁵⁴ ALEXY, 2011. p. 201-202.

refere-se à ação normativa, ou seja, ato de criar normas para que se concretizem tais direitos.

De igual modo, Leivas⁵⁵ ressalta que os direitos a ações positivas são classificados como “direitos a prestações em sentido amplo que, conforme o autor apresenta, é subdivido em direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos prestacionais em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais”, destacando que tal classificação também é adotada por Robert Alexy.

Em face disso, os direitos à proteção são direitos contra o Estado no intuito de que ele garanta os direitos fundamentais de ameaças de terceiros, como pode-se citar a garantia de segurança pública do Estado na proteção de que alguém cometa um homicídio, garantindo o direito à vida.⁵⁶

No que se refere ao direito fundamental à organização e procedimento, afirma-se que são os direitos a uma proteção jurídica efetiva dos direitos fundamentais, usando como ferramenta os procedimentos. Pode-se enumerá-los como direitos ao estabelecimento de determinadas normas procedimentais, como também direitos a uma determinada interpretação de aplicação concreta de normas procedimentais.⁵⁷

Em sentido similar, subdividem-se os direitos a prestações em dois subgrupos. O primeiro representa os direitos a prestações em sentido amplo, que são os direitos de proteção e de participação na organização e no procedimento. O segundo trata-se dos direitos a prestações em sentido estrito, quais sejam os direitos a prestações materiais sociais.⁵⁸

No direito prestacional, deve o serviço público criar condições, mediante políticas públicas, para desempenhar e para assegurar a efetivação dos direitos sociais. Nessa quadra, Clève⁵⁹ afirma que “cabe ao Estado, precipuamente ao Poder Executivo, desenvolver políticas públicas realizadoras de direitos e criar ou

⁵⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 85.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, p. 125-172, 2008. p. 162-167

⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39. jan./mar. 2006. p. 30.

aprimorar os serviços públicos voltados a tal finalidade, garantindo, entre outros, a saúde”.

Nesse estudo, Oliveira⁶⁰ estabelece que a Constituição Federal “não só reconhece o direito à saúde” como também entende que “é um direito fundamental de natureza social prestacional, mas também impõe a prestação do serviço público como um mecanismo para a sua garantia”. Feitas tais considerações, pode-se afirmar que o direito à saúde e o direito à alimentação adequada se enquadram perfeitamente em um direito de segunda geração, sendo direitos sociais de cunho prestacional, devendo ser garantidos e fornecidos pelo Estado.

Outro desdobramento essencial dos direitos fundamentais consiste na diferenciação formal e material dos direitos a ações positivas e dos direitos à omissão. Tais desdobramentos são características da fundamentalidade, entendidos por juristas como Robert Alexy, Canotilho e Ingo Sarlet, que, conforme se pode asseverar: “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”⁶¹.

Inicialmente, a fundamentação formal está ligada ao direito constitucional positivo, haja vista que os direitos fundamentais possuem as características de cláusulas pétreas, dessa forma, possuem limites materiais ao serem pleiteadas mudanças em seu contexto.⁶²

Pode-se confirmar esse fato consoante explicação de Schier⁶³, que sustenta que os direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde e à alimentação, são consideradas cláusulas pétreas, assegurando que elas são destacadas por serem intangíveis até mesmo pelo constituinte derivado. Vê-se no descrito “se são intangíveis pelo poder reformador, mais ainda o são mediante normatividade infraconstitucional (o que não significa que não possam sofrer restrições)”⁶⁴.

⁶⁰ OLIVEIRA, Heletícia Leão de. **Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 44.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 78.

⁶² Idem, 2012. p. 405.

⁶³ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional: anotações nucleares**. 8. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

⁶⁴ Idem. p. 158

Em perspectiva similar, Robert Alexy⁶⁵ entende que a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais resulta de sua posição no topo da estrutura do ordenamento jurídico, vinculando diretamente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

De outro ângulo, a fundamentalidade material depende da verificação do conteúdo, permitindo analisar se, contém ou não decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, atendendo aos interesses da pessoa humana.⁶⁶

2.1.2 As normas de direitos fundamentais

Após a análise do conceito e da classificação dos direitos fundamentais, é imperioso apresentar quais são as normas de direitos fundamentais, particularmente, compostas de regras e de princípios. A distinção entre regras e princípios representa um dos temas de maior complexidade e reverberação no espectro jurídico, tendo em vista os grandes debates entre juristas e filósofos durante as diversas percepções das teorias do Direito, perpassando, durante anos, juristas internacionais como Dworkin, Robert Alexy, Manoel Atienza, Ruiz Manero, Karl Larenz, Josef Esser e Roscoe Pound; e juristas brasileiros como Ingo Sarlet, Dirley da Cunha Júnior, Luiz Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Anízio Gavião Filho, que produziram grandes estudos sobre os direitos fundamentais e sua eficácia. Dessa feita, devido ao cenário limitado do trabalho acadêmico, pretende-se condensar o assunto tecendo considerações pontuais sobre as normas de direitos fundamentais - regras e princípios - e sobre as principais distinções entre elas, separando apenas dois autores para balizar uma linha de argumentação durante a explanação da solução do problema proposto no trabalho.

As normas de direitos fundamentais são, conforme doutrina alexyana, estruturadas em regras e princípios. Essa distinção é fundamental para compreender acerca da possibilidade e dos limites que podem surgir em uma

⁶⁵ ALEXY, 2011. p. 32.

⁶⁶ SARLET, 2012. p. 75.

colisão de direitos fundamentais, considerada “uma teoria adequada sobre as restrições de direitos fundamentais”⁶⁷.

Nesse cenário, refletindo para o caso prático sobre o trabalho da dissertação, verifica-se que existem algumas colisões de direitos fundamentais que se deve enfrentar para a efetivação do direito a alimentos especiais como, por exemplo, a colisão entre o direito à saúde e o princípio da independência entre os poderes constitucionais; a colisão entre o princípio do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível; que serão estudados em capítulo específico quando da aplicação dos conhecimentos teóricos adquiridos na reflexão desta fase.

Nesse sentido, os princípios são pautas genéricas que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete, não sendo aplicáveis conforme as regras, no sentido da teoria do “tudo ou nada”⁶⁸. O caráter normativo dos princípios passou por um longo período de evolução na doutrina até que fosse reconhecido seu caráter normativo como uma norma. De maneira didática, identifica-se que esse período passou por três fases: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista. De forma simples, na fase do jusnaturalismo, conforme Bertoncini⁶⁹, os princípios eram considerados como uma fonte de inspiração ética e valorativa, sendo considerados à época de “desprovidos de normatividade”. Na fase do juspositivismo, os princípios passam a ser considerados “fonte normativa subsidiária” e deriva da lei servindo de fonte secundária, complementando a extensão da eficácia de normas com “vazio normativo”, mesmo assim, não eram ainda reconhecidos como uma norma jurídica.

Por fim, na fase do pós-positivismo, os princípios são devidamente reconhecidos possuidores de normatividade sendo relatado por Bertoncini⁷⁰ que a normatividade dos princípios surgiu em 1952; por Crisafulli, tratando de normas e reconhecendo que “essa espécie normativa tanto pode ser expressa no ordenamento jurídico como pode ser implícita, desempenhando relevante papel na interpretação do direito”.

⁶⁷ ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas. **Jürgen Habermas**, v. 80, p. 119-139, 2009. p. 85.

⁶⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp, 1999. p. 27.

⁶⁹ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 33-34.

⁷⁰ Idem. p. 36.

Após a leitura dos principais autores enumerados previamente, limitou-se o presente estudo mediante escolhas e critérios, a selecionar dois renomados autores, Ronald Dworkin e Robert Alexy para apresentar suas contribuições para com as normas de direitos fundamentais.

2.1.2.1 Regras e princípios por Ronald Dworkin

Ronald Dworkin foi um grande catedrático que provocou, no mundo jurídico, grandes discussões sobre a aplicabilidade dos princípios no positivismo jurídico. Para ele, o positivismo significa um sistema de regras dentro do qual não existe lugar para a aplicação dos princípios. Um dos motivos por ele apresentado encontra-se no fato de que lei em inglês é “*a law*” e o direito é “*thelaw*”, ou seja, para o autor, nessa fase de compreensão, só vale a lei. Dworkin apresenta três dogmas do positivismo que são incompatíveis com os princípios: a existência de uma regra de reconhecimento, na forma desenvolvida por Hart; a tese da discricionariedade judicial; e a tese que sustenta que somente existe obrigação jurídica quando uma regra estabelecida impõe tal obrigação.⁷¹

Esses três dogmas de Dworkin⁷² retratam primeiramente que, de acordo com o entendimento de Hart, o direito em uma comunidade somente existirá por completo quando nela possuir uma regra secundária fundamental que determina as regras jurídicas e sua identificação. Para tanto, existe a necessidade de “todo um conjunto de estândares cambiantes” de que se locupletam baseado na responsabilidade institucional, na interpretação da lei, na força persuasiva dos precedentes, na relação com as práticas morais, dentre outros.

Em segundo, a discricionariedade judicial, segundo o autor americano, explica que os positivistas acreditam que o juiz não possui discricionariedade quando existe uma regra clara e tipificada que se enquadre no caso concreto. De outra face, em uma situação em que não existe a regra clara e estabelecida, cabe ao juiz aplicar a sua discricionariedade porquanto os princípios não seriam vinculantes. Entretanto,

⁷¹ LEIVAS, 2006. p. 30.

⁷² DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1977/1978, p. 41.

para Dworkin⁷³, os princípios são vinculantes e o juiz deve também aplicar nos “*hard cases*”.

Em terceiro, os positivistas entendem que existe uma obrigação jurídica quando uma regra jurídica estabelecida se impõe como tal obrigação. Sendo assim, em um *hard case*, “não existe obrigação jurídica enquanto o juiz não cria regra para o futuro”⁷⁴. Todavia, para Dworkin⁷⁵, a inexistência de obrigações jurídicas nos casos difíceis ensina que as obrigações jurídicas são fundamentais, tanto para as regras quanto para os princípios.

O modelo de regras e princípios descrito por Dworkin⁷⁶ propõe apresentar um modelo normativo baseado no reconhecimento dos princípios como normas. O autor concebe, no sentido *lato sensu*, que princípio é todo conjunto de estândares que não são regras. Para Dworkin, existem dois tipos de princípios: o princípio em sentido estrito e a determinação de objetivo estatal (*policy*). Para ele, o sentido estrito é um estândar que deve ser observado porquanto retrata uma exigência da justiça com o propósito de equidade e moralidade.

Na referência ao assunto, um excelente exemplo é citado por Leivas⁷⁷: “a proposição de que é *mister* diminuir os acidentes de automóvel é uma determinação de objetivo estatal e a de que nenhum homem pode beneficiar-se de sua própria injustiça, um princípio”.

Desse modo, explica Dworkin⁷⁸, a determinação de objetivo estatal é “um tipo de estândar que propõe um objetivo que tem de ser alcançado; geralmente, uma melhora em algum nível econômico, político ou social da comunidade”.

Nessa doutrina, os princípios não podem ser desconsiderados como normas jurídicas, conforme explicado, mediante o estudo de julgados americanos, como o do caso *Riggs v. Palmer*, de 1889, ocorrido no Tribunal de Nova Iorque. Nesse episódio, foi discutido o direito a herança de um neto designado no testamento pelo seu avô. Entretanto, o avô foi assassinado por esse próprio neto. A Corte proferiu que: “é certo que as leis [...] concede a propriedade ao assassino”. Para Dworkin,

⁷³ DWORKIN, 1977/1978. p. 31-39.

⁷⁴ LEIVAS, 2006, p. 32.

⁷⁵ DWORKIN, op. cit. p. 44.

⁷⁶ Idem. p. 22.

⁷⁷ LEIVAS, 2006. p. 33.

⁷⁸ DWORKIN, op. cit. p. 22.

todas as leis, ou mesmo todos os contratos podem ser controlados em sua operação e feitos por máximas gerais e fundamentais de direito consuetudinário. Como reconhece que “ninguém se lhe permitirá aproveitar-se de sua própria fraude ou tirar partido de sua própria injustiça, ou fundar demanda alguma sobre a sua própria iniquidade ou adquirir propriedade por seu próprio crime” (Decisão – 115 N. Y. 506, N.E. 189. 1889).⁷⁹

No que toca a esse respeito, Dworkin⁸⁰ elabora um modelo de normas que aborda não somente regras, mas também os princípios, trazendo a importância da diferença lógica entre regras e princípios. Com esse propósito, o autor elabora dois critérios lógicos para diferenciar as regras e os princípios: a aplicabilidade do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*) das regras e a dimensão do peso (*dimensionofweight*) dos princípios.

A tese da aplicabilidade das regras como “tudo-ou-nada” afirma que as regras são aplicadas da seguinte maneira: a regra é válida e, conseqüentemente, deve ser aplicada e sua consequência jurídica aceita; ou a regra não é válida e, por conseguinte, não contribui em nada para aquela determinada decisão. Em sua obra, Dworkin⁸¹ cita como ótimo exemplo, a obrigatoriedade de velocidade máxima de 100Km/h em uma rodovia. A regra é a de que se alguém circular por essa pista, então estará proibido de ultrapassar os 100Km/h. O autor declara que uma regra pode ter exceções, entretanto, se elas existem, fica dificultoso enunciá-las sem apresentar todas as exceções que poderiam ser aceitas, como por exemplo, em caso de emergência ou no tráfego de ambulâncias⁸².

Hart⁸³ critica essa tese do “tudo-ou-nada”, porquanto entende que as regras não possuem um caráter de “tudo-ou-nada”. Afirma o autor que as regras são passíveis de conflituarem com os princípios, conseqüentemente, não poderem ser aplicadas nesse caso. De maneira prática, apresenta, a título de exemplo, o caso do neto que mata o avô para receber a herança. Nesse caso, a tese não se aplica, uma vez que o neto tinha ciência da herança, bem como ninguém pode se aproveitar da

⁷⁹ DWORKIN, 1977/1978. p. 24.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ DWORKIN, op. cit. p. 24.

⁸² LEIVAS, 2006. p. 34-35.

⁸³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**: com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 324-325.

sua própria fraude. Segundo Leivas⁸⁴, Dworkin⁸⁵ contrapõe os argumentos de Hart sustentando que não existe conflito entre regras e princípios, mas sim um conflito entre o princípio que motivou a criação da regra e o outro princípio em debate. Atestando que, se o princípio da regra foi superado, não pode aplicar essa regra no caso concreto.

Importante ainda destacar para a futura aplicação na presente dissertação, no caso dos princípios e normas que sustentam o direito à saúde, o ensinamento de Dworkin⁸⁶ sobre a dimensão de peso dos princípios. Para o autor, os princípios possuem uma dimensão que falta em outras normas: a dimensão do peso ou importância. Assim, cresce a importância de aplicação dos princípios no caso concreto, pois o peso só será realmente medido quando isso ocorrer.

2.1.2.2 Regras e princípios por Robert Alexy

O autor afirma que os direitos fundamentais têm como característica a regulação genérica, de maneira extremamente vaga, particularmente nas questões da estrutura normativa do Estado e da sociedade, tal qual o caso do direito à dignidade, à igualdade e à liberdade. A vagueza é justificada para permitir que o julgador normatize levando em conta as colisões entre normas e princípios. Para Alexy⁸⁷, a teoria dos princípios permite um meio-termo entre vinculação e flexibilidade.

A distinção entre regras e princípios é realizada por diversos critérios. Alguns deles afirmam que não podem reconhecer nos princípios qualquer normatividade. Segundo Alexy⁸⁸, os princípios e as regras são normas porque expressam o *deve ser*.

⁸⁴ LEIVAS, 2006. p. 35.

⁸⁵ DWORKIN, 1977/1978. p. 26-35.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999. p. 67-68.

Tradução de Luís Afonso Heck. Palestra inaugural da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida em 09 de dezembro de 1998.

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. aufl. Frankfurt AM Main: Suhrkamp, 1996. p. 75-76.

A teoria fraca da distinção entre princípios e regras defendida por Figueroa⁸⁹ assegura que os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto e as regras são normas com nível relativamente baixo de generalidade. Cita a liberdade religiosa como uma norma de alta generalidade, ao mesmo tempo em que o preso possui o direito de converter os detentos para determinada religião tem um grau baixo de generalidade.

Alexy⁹⁰ defende a tese de que entre regras e princípios não existe somente uma diferença gradual, senão qualitativa, lógica. Sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” aborda com profundidade o assunto e sua teoria dos princípios, que por si só, já demandaria uma dissertação de mestrado pela vastidão do tema.

Prosseguindo com Alexy⁹¹, ele afirma que os princípios são mandados de otimização, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Nesse propósito, entende que as normas podem ser descumpridas quando existe a impossibilidade fática ou jurídica de aplicá-la conduzindo à sua invalidez, ou, ainda, pode-se introduzir uma cláusula de exceção por uma outra regra.

Um importante preceito do autor que retrata tanto para a lei da ponderação quanto ao preceito da proporcionalidade em sentido estrito afirma que o Tribunal Alemão aplica uma regra para as ponderações: “quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro”⁹². A lei da ponderação é aplicada em três passos. Primeiramente, deve ser determinado o grau de não-realização ou prejuízo de um princípio; segundo, deve comprovar a importância da realização do princípio em sentido contrário; e por derradeiro, deve ser comprovado se a importância da realização do princípio em sentido contrário justifica a não realização do outro princípio.

Para uma análise do papel dos direitos fundamentais em dado ordenamento jurídico é fundamental a distinção entre regras e princípios, sendo este um elemento indispensável para a existência da teoria da colisão. A dicotomia entre regras e

⁸⁹ FIGUEROA, Alfonso Garcia. **Princípios e positivismo jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 197-198.

⁹⁰ ALEXY, 1996. p. 88.

⁹¹ Idem.

⁹² LEIVAS, 2006. p. 49.

princípios não possui nenhuma restrição aos direitos de liberdade e de igualdade, aplicando-se aos direitos de prestação em sentido estrito, objetivo principal do presente estudo. A teoria dos princípios tem como cerne a definição dos princípios como mandados de otimização, assim sendo, Alexy⁹³ explica que os princípios são espécies de normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Dessa feita, comportam os princípios graus de satisfação distintos, que dependem não só das possibilidades fáticas, como jurídicas. Já as normas não comportam graus de realização, ou aplica-se ou não, não existindo meio-termo para a sua aplicabilidade no caso concreto.

Um ponto crucial refere-se à colisão entre princípios e regras. Para o doutrinador germânico, a solução está no sopesamento. O sopesamento é uma técnica em que se busca o princípio norteador da regra em questão e confronta-se com o outro princípio em questão. Dessa feita, estaria se comparando e verificando qual princípio possui mais importância no caso concreto.⁹⁴

Denota-se, então, que partindo do pressuposto de que o direito fundamental que garantirá o fornecimento de alimentos especiais provavelmente deverá ser confrontado com outros direitos fundamentais ou princípios contrários, pode-se considerar que a resposta estará no sopesamento.

Ante o exposto, passa-se ao aprofundamento das dimensões dos direitos fundamentais a fim de verificar o âmbito de proteção desses direitos que abrangem não apenas o cidadão em relação ao Estado como também se pressupõe que protege o direito de um cidadão perante outro.

2.1.3 A dupla dimensão dos direitos fundamentais

O direito constitucional, na atualidade, avançou na dogmática dos direitos fundamentais, ao perceber que os direitos fundamentais seriam somente do cidadão exigindo do Estado. Dessarte, a criação da Lei Fundamental Alemã em 1949 será explorada, assim como o Caso Lüth e o Caso Blinkfuer, dois julgamentos

⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88-90.

⁹⁴ Idem. p. 90.

emblemáticos, todos substanciais para a dupla dimensão dos direitos fundamentais, não se limitando aos direitos subjetivos.

Inicialmente, será apresentado o Caso Lüth, ocorrido em 1950, na Alemanha. Nesse cenário, o crítico de cinema e dirigente do Clube de Imprensa de Hamburgo, chamado *Erich Lüth*, criticou veementemente o cineasta *Veit Harlan*, por dirigir filmes de cunho nazista. Perante a situação, a produtora do filme, *Dommick Film Produktion (GMBH)*, exigiu explicações formais e Luth não só confirmou a crítica, como também escreveu uma carta, divulgando-a na imprensa. A carta incitava a população a boicotar o filme. Dessa feita, a produtora ajuizou uma ação no Tribunal Estadual de Hamburgo solicitando a tutela inibitória, com o intuito de suspender as críticas e condenar ao pagamento de indenização por danos morais. Tais solicitações foram atendidas e Luth foi condenado. Posto isso, ele recorreu com uma reclamação constitucional argumentando o seu direito fundamental de liberdade de pensamento. Assim, o julgamento da Corte Federal Constituinte da Alemanha resolve cassar o julgamento da instância *a quo* e absolver Lüth por exercer seu direito de liberdade de pensamento, conforme foi argumentado. Desse modo, nesse caso paradigmático há muitos aspectos relevantes dos direitos fundamentais.⁹⁵

No que toca a esse caso, Sarlet⁹⁶ afirma que o caso Lüth registra que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico”, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

De pensamento alinhado, Pérez Luño⁹⁷ explica que os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito de ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não somente como garantias negativas individuais.

⁹⁵ BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos**: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 38.

⁹⁶ SARLET, 1998. p. 140.

⁹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 20.

Observa-se outro caso emblemático estudado nos bancos escolares jurídicos sobre direitos fundamentais, o Caso *Blinkfuer*. *Blinkfüer* era o nome de um jornal, semanário, da Cidade de Hamburgo que divulgava a programação de rádio e televisão da Alemanha Ocidental e Oriental. Os editores *Axel Springer* e *Die Welt* resolvem fazer uma convocação, por meio de uma circular, a fim de que todos os jornais e revistas da Alemanha Ocidental não mais divulgassem a programação da TV e Rádio da Alemanha Oriental, motivados pelo fato de que a República Democrática da Alemanha interrompia a programação e fazia uma propaganda injuriosa contra a Alemanha Ocidental e seu estado livre e democrático.

Na carta, fica evidente que a desobediência ao boicote geraria uma punição, ou seja, à banca de jornais que vendesse os jornais que divulgassem a programação da Alemanha Oriental custaria o fornecimento dos demais jornais e revistas. Assim sendo, fica explícita a interferência devido ao poder econômico que os conglomerados possuem. Destaca-se que a circular dos editoriais divulgou um panfleto a ser colocado nas bancas de jornais para informar a sociedade.⁹⁸

Por conseguinte, o reclamante, editor chefe do Jornal *Blinkfuer*, ajuizou uma ação em processo de conhecimento, pedindo a condenação dos requeridos ao pagamento de uma indenização por perdas e danos contra os editoriais citados. O Tribunal Estadual de Hamburgo e o Superior Tribunal Estadual julgaram a ação procedente. A partir da revisão do requerido, o Tribunal Federal (BGH) reformou, com a decisão (*Urteil*) de 10 de julho de 1963⁹⁹, a decisão prolatada na apelação (*Berufungsurteil*), julgando a ação improcedente e condenando o reclamante ao pagamento das custas processuais¹⁰⁰.

O reclamante ajuizou uma reclamação constitucional baseado nas violações dos artigos 2, 3 e 5, GG. O Tribunal Constitucional verificou que a aplicação do §823, I, BGB, exige a observação do direito constitucional, baseando-se na tese desenvolvida na decisão do Caso Lüth. Iniciam-se, então, dois questionamentos fundamentais que devem ser respondidos: 1) o boicote também é protegido pela liberdade de expressão, ou seja, faz parte de sua área de proteção?; 2) o reclamante pode, por outro lado, valer-se da liberdade de imprensa? Assim sendo,

⁹⁸ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 42.

⁹⁹ NJW 1964; JZ 1964 *apud* GAVIÃO FILHO, 2011. p. 95.

¹⁰⁰ GAVIÃO FILHO, op. cit. p. 42.

somente pode ser considerado colisão de direitos fundamentais se as duas respostas forem afirmativas. Verificam-se as respostas: (1) o Tribunal Federal (BGH) desconheceu o alcance da liberdade de expressão dos réus; (2) pelo reclamante, não se considera o direito de liberdade de imprensa, ou seja, não verificou a existência de uma possível violação dessa garantia.

O Tribunal Constitucional Federal aplica a ponderação, e fundamenta sua primeira resposta conforme a argumentação a seguir. A premissa maior é a de que o Tribunal Federal errou ao considerar a possibilidade da ferramenta de pressão econômica através da interrupção do fornecimento da entrega de produtos de imprensa escrita por parte dos réus, conforme a abrangência pela área de proteção da liberdade de expressão. Ignorou, dessa maneira, esse direito fundamental do semanário, e, conseqüentemente, expandiu além de sua área de proteção.¹⁰¹

A circular convocando ao boicote foi estudada pelo Tribunal Constitucional e verificou-se que ela impossibilitava que seus destinatários tomassem uma decisão livre de publicar a programação da Alemanha Oriental. A opinião do boicote pode ser protegida pelo art. 5, I, GG, caso seja empregada como uma preocupação com a política, com a economia, com a sociedade e com a cultura, e não para disputas privadas. Mesmo que haja uma relação profissional ou comercial entre o requerente e o requerido, o boicote pode ser protegido pela liberdade de expressão, porquanto ele não impede o fomento da discussão intelectual em torno de opiniões e de ideias políticas. Mesmo constatando-se que o requerido tenha uma certa posição de poder, havendo uma desigualdade econômica entre eles, o boicote não poderia deixar de ser abrangido, pois a *Grundgesetz* não proíbe o economicamente mais forte de dirigir uma campanha política-ideológica intelectual.¹⁰²

Dessa forma, o Tribunal inicia o trabalho da antítese aos três últimos pontos favoráveis ao boicote. A convocação ao boicote não é protegida quando ela não for baseada apenas em argumentação, mas sim, quando valer-se de meios que vedem ao destinatário a possibilidade de decisão, de maneira livre, sobre o cumprimento ou não da convocação ao boicote. A livre discussão é indispensável para a democracia. Somente ela pode fazer nascer um debate público sobre os assuntos de interesse

¹⁰¹ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2006. p. 400-409.

¹⁰² SCHWABE, 2006. p. 400-409.

geral. O emprego do poder econômico fere a igualdade de condições e de chances no processo de formação da opinião pública, contrariando o sentido do direito fundamental à livre expressão do pensamento, o qual quer incentivar a “luta de opiniões”¹⁰³.

Prosseguindo na argumentação, o Tribunal Constitucional Federal conclui que o Tribunal Federal ampliou demasiadamente a área de proteção da liberdade de expressão dos conglomerados de editoriais. O Tribunal Constitucional analisou o caso concreto, admitindo que o motivo dos réus era de natureza político-ideológica, e não uma concorrência desleal. Entretanto, sustenta que os meios utilizados não se coadunam com o direito fundamental do art. 5, I, GG. Afirmam que os réus poderiam sim divulgar sua opinião em publicações de convocações em seus produtos de imprensa, e, assim, estariam se dirigindo àqueles a quem a opinião realmente interessava, e não como fizeram, impedindo a leitura da programação da Alemanha Oriental a quem quisesse. Ao leitor caberia, então, decidir pela compra ou não dos jornais inconscientemente. Contrariamente, os réus escolheram empregar a pressão econômica e, assim, o Estado, ao julgar improcedente o pedido de ação do processo ordinário, estaria violando o princípio da necessidade.¹⁰⁴

A verificação do Tribunal Constitucional de que o Tribunal Federal não considerou a possibilidade de violação da liberdade de imprensa do reclamante foi precisa, porquanto o Tribunal Federal, ao constatar que o reclamante era titular da liberdade de imprensa por ser editor e chefe de redação do semanário *Blinkfüer*, consistiu no desconhecimento do conflito normativo constitucional. A colisão de direitos fundamentais processou-se entre a liberdade de expressão de pensamento dos editoriais e um bem jurídico protegido pelo direito civil. A proteção da instituição da imprensa livre precisa ser assegurada em face de grupos monopolistas.¹⁰⁵

O Poder Judiciário alemão, ao não sancionar a convocação ao boicote, violou, no entendimento do Tribunal Constitucional Federal, a liberdade de imprensa, principalmente, em função de seu caráter objetivo, qual seja, a defesa da instituição

¹⁰³ SCHWABE, 2006.

¹⁰⁴ Idem. p. 400-409.

¹⁰⁵ Idem.

da imprensa livre. Essa tese baseou-se, em parte, no seu julgado *Sipegel* da decisão sobre o *Blinkfüer*.¹⁰⁶

Posto isso, pode-se concluir que existe a dupla dimensão dos direitos fundamentais. Ademais, segundo Pèrez Luño¹⁰⁷ pontifica: “os direitos fundamentais se apresentam na ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos[...] e, ao mesmo tempo, como o marco de proteção das situações jurídicas subjetivas”.

De igual modo, Sarlet *et al.*¹⁰⁸ confirma a dupla dimensão dos direitos fundamentais, objetiva e subjetiva, assegurando que se deseja realçar que as normas que estabelecem direitos fundamentais podem ser subjetivadas, estabelece que toda a sociedade “funda princípios objetivos orientadores do ordenamento jurídico”.

Nessa quadra, Bianchi¹⁰⁹ concebe que os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva: a perspectiva jurídico-subjetiva e a jurídico-objetiva, afirmando que a referência aos direitos subjetivos “traz à mente uma relação jurídica trilateral entre titular, objeto e destinatário”. Dessa feita, os direitos fundamentais subjetivos são os direitos de exigir os seus interesses perante o Estado ou qualquer pessoa, “que se contraem do dever jurídico de satisfazê-los, sob pena de serem acionados judicialmente”¹¹⁰.

Já a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais é exercida por três funções indissociáveis, conforme Martínez¹¹¹: a primeira é a função protetora que garante o direito a espaços livres, onde o cidadão pode exercer seu direito livre de interferências. A segunda é a função participativa na qual o cidadão pode exercer a

¹⁰⁶ BVerfGE, 20,162 *apud* JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN: extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Berlín: Kohrad Adenauer Stiftung, 2009. Disponível em: <www.sitioswwwweb.com/miguel/kas_16817-544-4-30.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 162.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 438-451.

¹⁰⁷ PÉREZ LUÑO, 2007. p. 40.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 73.

¹⁰⁹ BIANCHI, 2012. p. 40.

¹¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 232.

¹¹¹ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 423.

sua participação na formação da vontade dos poderes ou serviços públicos, e a terceira é a função promocional de apoiar os poderes públicos ou determinados grupos com a intenção de promoção das condições para viabilizar o desenvolvimento de sua moralidade.

Extrai-se de Marmelstein¹¹² o ensinamento sobre os direitos subjetivos e sua força normativa, reconhecendo algumas mudanças de paradigma na aplicação do direito, consoante apresenta-se:

- a) redimensionamento da fonte de direitos subjetivos das leis para os direitos fundamentais ('não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais'), já que o conteúdo das normas constitucionais não pode ficar dependente da vontade parlamentar (poder constituído), e toda a interpretação legal deverá se guiar pelos mandamentos traçados na Constituição;
- b) reformulação da doutrina da separação entre os poderes, em face da 'solução de compromisso' que todos os agentes devem assumir na concretização dos direitos fundamentais, reconhecendo-se um papel mais atuante do Judiciário na efetivação das normas constitucionais, através da jurisdição constitucional;
- c) aceitação da possibilidade de concretização judicial de direitos fundamentais, independentemente de integração normativa formal por parte do Poder Legislativo, como consequência do aumento da força normativa da Constituição, da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais e do reconhecimento da importância do Judiciário na função de guardião dos valores constitucionais.

Correlaciona-se ao exposto que os direitos fundamentais são direitos que se situam no topo da cadeia hierárquica do ordenamento jurídico, justificando-se a deferência especial no intuito de proteção e de garantia perante as demais normas e costumes. No que se refere à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Marmelstein¹¹³, afirma que é a capacidade que esses direitos possuem de se irradiar pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como uma ordem de valores.

Nessa corrente, Cunha Júnior¹¹⁴, estabelece que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é concebida como um conjunto de valores objetivos básicos e de diretrizes da atuação positiva do Estado. Desse modo, os direitos fundamentais na dimensão objetiva são princípios superiores do ordenamento pátrio, trazendo

¹¹² MARMELSTEIN, 2013. p. 288-289.

¹¹³ Idem. p. 328.

¹¹⁴ CUNHA JÚNIOR, 2008. p. 232.

consigo a eficácia dirigente, com o poder de irradiar a ordem aos entes estatais a fim de concretizar e de realizar os direitos fundamentais¹¹⁵.

Importante mencionar que a destacada perspectiva objetiva impõe aos poderes constituídos o estrito cumprimento dos direitos fundamentais, justificando a existência do direito fundamental à efetivação da Constituição e do exercício de controle de constitucionalidade das leis¹¹⁶. Essa eficácia irradiante é empregada para a aplicação e para interpretação do direito infraconstitucional, tanto verticalmente, cidadão-Estado, quanto horizontalmente, cidadão-cidadão.

A obrigação constitucional do Estado de guarnecer os direitos fundamentais chama-se, pela doutrina, de dever de proteção. Tal dever trata-se da obrigação do legislador de editar normas que sejam tuteladas pelos direitos fundamentais; da obrigação do administrador de agir materialmente para evitar e reparar qualquer afronta a tais direitos; e, por fim da obrigação do Poder Judiciário, ao prestar seu serviço, manter-se sempre voltado à defesa e garantias de tais direitos.¹¹⁷

A teoria dos deveres de proteção é ensinada por Sarlet¹¹⁸ como um dever destinado ao Estado em zelar pelos direitos fundamentais dos indivíduos, não se restringindo apenas às ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também destacando a proteção desses direitos contra ameaças de particulares ou de outros Estados, devendo usar, se necessário, medidas positivas como proibições e autorizações.

Por fim, no que toca a esse respeito, serão valorosas tais considerações sobre a dupla dimensão, subjetiva e objetiva, dos direitos fundamentais, para que durante o desenvolvimento das premissas sobre o direito fundamental aos alimentos especiais, após análise do direito à saúde e do direito à alimentação adequada seja vislumbrado que os direitos fundamentais podem e devem ser garantidos no plano horizontal. O direito individual de um cidadão que impetra no Poder Judiciário, no intuito de garantir o fornecimento de seu alimento especial, desperta no Estado, por meio de seus representantes jurídicos, Ministério Público, Advocacia Geral da União

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009c. p. 143-146.

¹¹⁶ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39.

¹¹⁷ SARMENTO, Daniel. **Os direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 130-132.

¹¹⁸ SARLET, 2009c. p. 148.

e Defensoria Pública, a reflexão sobre como restarão garantidos os direitos dos demais cidadãos que não recorreram à esfera judicial.

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A alimentação especial é protegida, salvo melhor análise do segundo capítulo, pelo direito à alimentação adequada e pelo direito à saúde, ambos direitos fundamentais sociais. Nessa premissa que se desenvolve, verifica-se que, na doutrina brasileira, os direitos fundamentais sociais estão tipificados no art. 6º da CF/88 e em outros artigos de maneira indireta, como a título de exemplo, no que se refere à alimentação: art. 7º, inciso IV; art. 208, inciso II; art. 212, §4º e art. 227, ambos da CFRB/88, dentre outros. Para tanto, o aprofundamento do estudo dos direitos fundamentais sociais com o objetivo de verificar suas particularidades, sua eficácia e sua aplicabilidade, faz-se necessário. O direito à alimentação especial é um direito fundamental social? Esse direito é realmente efetivo no mundo jurídico? E no mundo social?

Os direitos sociais surgiram no Brasil por volta de 1934, com a proposta de alcançar a isonomia substancial entre os cidadãos com a exigência de uma prestação positiva do Estado para com um direito.¹¹⁹

Na Carta Magna brasileira, encontram-se, abarcados no artigo 6º, os direitos sociais, em que se apresenta:

Art 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).¹²⁰

Nesse ponto, o Desembargador Gebran Neto e Schulze¹²¹ afirmam que os processos judiciais referentes aos direitos fundamentais sociais:

¹¹⁹ GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 30.

¹²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/>. Acesso em: 17 mar. 2018. p. 1.

¹²¹ GEBRAN NETO; SCHULZE, op. cit. p. 31.

Ainda são escassos em relação à alimentação, ao lazer e à segurança, no entanto os demais direitos sociais representam grande parte da judicialização brasileira, com destaque, evidentemente, para o direito à saúde.

Nesse ínterim, serão estudados, de maneira mais específica, os direitos fundamentais sociais, iniciando pelo seu conceito prolatado por Leivas¹²², em sua obra “A Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais”:

Eles são, em sentido material, direito a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado, por força de disposição constitucional.

O conceito acima afirma que o direito fundamental social é um direito às prestações positivas e que devem ser observados alguns tópicos para o pleito desse pedido. Dessa forma, entende-se que deve observar a capacidade financeira do solicitante e a oferta no mercado para atender a tal demanda, ou seja, caso o solicitante precise de um alimento especial, possua verba e o produto exista no mercado, ele deve adquirir por seus meios. Outro aspecto importante relatado é a verificação se o direito a ser pretendido está expresso ou implícito na Constituição Federal. Ademais, o último aspecto a ser observado é que os direitos fundamentais sociais representam os garantidores da dignidade da pessoa humana, temendo que o não atendimento dessa demanda pode causar problemas à integridade física e mental, ao desenvolvimento da personalidade e risco de morte em casos extremos.¹²³

Segundo Alexy¹²⁴, os direitos sociais são direitos à prestação em sentido estrito, direitos estes de titularidade do indivíduo, em face do Estado, desde que dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, inclusive podendo ser obtido de particulares.

¹²² LEIVAS, 2006. p. 89.

¹²³ OLIVEIRA, Fabiano Henrique de. **Efetivação dos direitos fundamentais sociais e a proibição da não-suficiência**. 2007. Monografia (Especialização) - Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <www.esmafe.org.br/web/trabalhos/fabiano_henrique.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2018. p. 1.

¹²⁴ ALEXY, 2008. p. 499.

Nesse ponto, cabe destacar que os direitos sociais, conforme estão tipificados na Constituição Brasileira, consagram-se como direitos fundamentais devido à sua inclusão no Título II desse ordenamento, que trata “dos direitos e garantias fundamentais”. Ainda nesse sentido, a carta magna do Brasil confirma em seu artigo 5º, §1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹²⁵.

Com essas assertivas, verifica-se, dessa análise sucinta, que os direitos sociais elencados no art.6º da CF/88 são direitos fundamentais por estarem tipificados na Constituição enquadrados como direitos e garantias fundamentais e que possuem aplicação imediata tendo em vista norma constitucional que a garante como tal.

Cabe ressaltar alguns questionamentos de Hesse¹²⁶, que assevera que os direitos fundamentais sociais não podem, em princípio, “cobrar o caráter de direitos subjetivos individuais”, visto que tais direitos possuem uma estrutura distinta dos direitos de liberdade e igualdade e não são considerados efetivos somente pelo fato de serem respeitados e amparados, mas sim pelo reconhecimento das “ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles”.

Depreende-se, pois, do entendimento de Hesse¹²⁷ que os direitos fundamentais sociais somente podem ser aplicados “a partir de uma regulação concreta acometida pelo legislador”. Assim, afere-se que os direitos fundamentais sociais estariam sob a reserva do possível, conforme o indivíduo somente possa exigir da sociedade o razoável¹²⁸.

De outro vértice, Bockenforde¹²⁹ entende que a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais atenta contra o princípio democrático, afirmando que “a pretensão constitucional neles contida é tão geral que não podem produzir pretensões jurídicas concretas pela via da interpretação”. Assim, explica o autor, existem duas celeumas para concretizar esses direitos: a primeira seria o grande número de meios possíveis para efetivação dos direitos sociais; e a segunda seria o

¹²⁵ BRASIL, 1988. p. 1.

¹²⁶ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst *et al.* **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 98.

¹²⁷ HESSE, 1994. p. 98.

¹²⁸ LEIVAS, 2006. p. 91.

¹²⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 76.

alto valor financeiro envolvido para executar esses direitos, sendo obrigatório estabelecer critérios para fixar as prioridades com o orçamento público.

Posto isso, trazendo para o objeto do estudo, o direito à alimentação especial como um direito à saúde ou como um direito à alimentação adequada deverá passar por um escrutínio que se refere: (1) à verificação da existência e à disponibilização dos meios pelo sistema de saúde pública brasileira; e (2) à averiguação do *quantum* financeiro despendidos com a concretização do direito à alimentação especial.

Outro argumento apresentado por Krell¹³⁰ também discordando da justicialidade dos direitos fundamentais sociais é fundamentado no princípio da separação de poderes, destacando-se:

[...] torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é o resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional, que ainda não adaptou as suas “lições” às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e reinterpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.

Sendo a favor dos direitos fundamentais sociais, discordando dos autores apresentados até o momento, nesse quesito, Alexy¹³¹ questiona a primeira decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre a negativa de assistência social, afirmando que o cidadão tem algum direito subjetivo à assistência social, visto que existe o direito de “realização do Estado Social” e se “o legislador omite arbitrariamente, ou seja, sem razão objetiva, o cumprimento deste dever, poderia surgir, aqui, um direito subjetivo que pode ser reclamado através de um recurso constitucional”.

No que toca a esse respeito, é notório, no Brasil, o entendimento de que os direitos sociais possuem aplicabilidade imediata, sopesados no art. 5º, §1º, da CF/88, e também são considerados cláusulas pétreas, conforme o art. 60 da CF/88, não podendo ser suprimidos.¹³²

¹³⁰ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional" comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 85.

¹³¹ ALEXY, 2008. p. 422.

¹³² GEBRAN NETO; SCHULZE, 2015. p. 31.

Por sua vez, a Teoria dos Direitos Sociais possui alguns mandamentos que dão suporte para a obrigação do Estado, dentre eles estão: o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial em saúde, a vedação de retrocesso social e o dever de progresso em saúde.¹³³

2.2.1 A eficácia dos direitos fundamentais sociais

O referido estudo sobre a eficácia, a vigência e a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, justifica-se, nesta fase, para a compreensão da extensão e da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, a fim de poder revisitar esse tema posteriormente ao adentrar no estudo específico do direito à alimentação especial.

A eficácia dos direitos fundamentais é uma grande celeuma atualmente no Brasil, visto que a doutrina não possui uma solução concreta para o problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais¹³⁴. A eficácia retrata a capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos na sociedade, já a aplicabilidade expõe a valoração com que a norma incidu na concretização em um caso prático.

Silva¹³⁵ entende que a vigência está relacionada ao mundo do dever-ser, e a eficácia está concernente ao ser. Para o autor, a vigência é um “verdadeiro pressuposto do reconhecimento da eficácia da norma”, haja vista que esta necessita estar em vigor “para então ser seguida e aplicada”.

Nessa toada, o referido autor afirma que a eficácia possui duas distinções, classificadas em eficácia social e eficácia jurídica. A eficácia social “designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma”, existindo assim uma efetividade, visto que tal regramento é obedecido e aplicado pela sociedade¹³⁶. De modo similar, Barroso¹³⁷ explica que a eficácia social é vista como sinônima do conceito de efetividade, pois traduz a materialização da norma no mundo dos fatos. Será que realmente existe a eficácia social do direito à alimentação especial atualmente no Brasil?

¹³³ GEBRAN NETO; SCHULZE, 2015.

¹³⁴ SARLET, 1998. p. 219.

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 64.

¹³⁶ Idem. p. 65.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 83.

Partindo para a eficácia jurídica, esta retrata a “aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”¹³⁸. Na visão de Sarlet¹³⁹, uma norma com eficácia jurídica é uma norma dotada de possibilidade de aplicá-la no caso concreto, sendo sua principal característica a possibilidade, distinguindo-se da eficácia social que possui como principal característica a efetividade.

Oportuno mencionar, no que tange à eficácia dos direitos fundamentais sociais, que existem algumas classificações da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, em que se pode citar José Horácio Meirelles Teixeira, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Ayres Brito e Maria Helena Diniz. A classificação que possui maior receptividade, segundo asseveram Sarlet¹⁴⁰ e Piovesan¹⁴¹ é a classificação tricotômica da eficácia, a qual foi apresentada primeiramente pelo Professor José Afonso da Silva em sua obra intitulada “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, que divide as normas constitucionais em eficácia limitada, contida e plena.

As normas de eficácia limitada caracterizam-se por possuir uma aplicabilidade indireta e reduzida, dependendo de uma normatização para que se apliquem e gerem os efeitos desejados. Tais normas não receberam a normatividade suficiente do legislador, como a título de exemplo as normas declaratórias de princípios programáticos.¹⁴²

As normas de eficácia contida são normas que possuem aplicabilidade imediata, direta e possivelmente não integral, com restrições impostas pelo legislador através de meios e de conceitos que permitem limitar o seu alcance. Silva¹⁴³ discorre sobre o assunto apontando que normas de eficácia contida:

São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

¹³⁸ SILVA, 2009. p. 66.

¹³⁹ SARLET, 2009b. p. 237.

¹⁴⁰ Idem, 1998. p. 220.

¹⁴¹ PIOVESAN, Flavia. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/sur/revista_sur_01.pdf#page=20>. Acesso em: 17 mar. 2018. p. 57.

¹⁴² SARLET, 2009b. p. 221.

¹⁴³ SILVA, op. cit. p. 79 e 105.

As normas de eficácia plena são normas que têm aplicabilidade direta e imediata desde o dia de sua vigência, produzindo integralmente os efeitos desejados, os interesses, os comportamentos e as situações inerentes ao seu tipo normativo, não necessitando de regulação ou superveniência de leis posteriores.¹⁴⁴

Após o presente estudo, verifica-se que existem normas constitucionais que, por não possuírem carga suficiente para gerar efeitos imediatos, necessitam de outras normas, mais específicas, para concretizarem tal direito. Serão o direito à saúde ou o direito à alimentação adequada (DHAA) normas constitucionais que necessitam de outras normas concretizadoras?

Ainda assim, constata-se haver normas com proteção especial como as denominadas cláusulas pétreas, as quais são dispositivos constitucionais que não podem ser alteradas nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas estão dispostas no art. 60, § 4º, da CF/88, sendo elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Depreende-se, pois, o ensinamento de Enterría¹⁴⁵ que afirma em uma concepção substancial da Constituição que na Lei Fundamental não existem declarações destituídas de conteúdo normativo, visto que somente o conteúdo completo de cada norma poderá precisar, em cada situação, qual o verdadeiro alcance da norma e sua carga eficaz.

Em face disso, as normas constitucionais são classificadas, consoante Luís Roberto Barroso, em normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas. As normas de organização são leis que criam os órgãos públicos, suas competências, que estabelecem procedimentos e processos. As normas definidoras de direitos, que são os direitos fundamentais, e as normas programáticas, que seriam normas que necessitam de outros regramentos para que possam prosseguir na sua plena eficácia.¹⁴⁶

¹⁴⁴ OLIVEIRA, 2007. p. 48.

¹⁴⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. 1985 e 1994. Madrid: Civitas, 2006. p. 63.

¹⁴⁶ SARLET, 1998. p. 231.

De maneira similar, Canotilho, Correia e Correia¹⁴⁷ entende que os direitos fundamentais sociais podem ser classificados em “normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos”. Nesse sentido, a reflexão ora apresentada propugna pela possibilidade de os direitos fundamentais sociais possuírem a natureza programática, uma carta de intenções, necessitando de normas concretizadoras.

Como se percebe, existem algumas teses distintas sobre a eficácia dos direitos fundamentais, e Sarlet¹⁴⁸, em sua obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, apresenta-as de maneira didática. A primeira tese sustenta que “o princípio da aplicabilidade imediata não pode prevalecer em face das características normativas e estruturais (enfim, contra a natureza das coisas) de determinados direitos fundamentais”, afirmando que as normas que necessitam de concretização só teriam o alcance desejado após o *interpositiolegislatoris*.

A segunda tese considerada intermediária é a de Celso Bastos, que defende que os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, porém com duas exceções: a primeira seria “quando a Constituição expressamente remete à concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este apenas será exercido na forma prevista da lei”¹⁴⁹; a segunda exceção ocorreria quando a norma de direito fundamental não possuir os elementos mínimos indispensáveis para assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente para gerar os efeitos desejados, sem a ingerência do Judiciário.

A terceira tese que merece destaque é a da inexistência de normas programáticas na Constituição brasileira, visto que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é consagrada, com a alegação de que o Constituinte brasileiro ateu-se a criar instrumentos processuais para combater a omissão do legislador, usando o Mandado de Injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.¹⁵⁰

¹⁴⁷ CANOTILHO, Marcus Gomes; CORREIA, Érica Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 556.

¹⁴⁸ SARLET, 1998. p. 238.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Idem. p. 239.

Por fim, o estudo do problema da eficácia jurídica das normas permite a compreensão das peculiaridades das normas e, dessa maneira, pode-se realizar, mais à frente, o exame da eficácia do direito à alimentação especial, devendo ser avalizado, nas esferas do direito à saúde e do direito à alimentação adequada, verificando em qual direito melhor se enquadra. E ainda, como o Poder Judiciário entende sua garantia e tutela. Assim, passa-se a verificar a existência de restrições aos direitos fundamentais para que a análise no caso concreto do objeto deste estudo possa ser feita.

2.2.2 As possibilidades de restrições dos direitos fundamentais sociais

Parte-se para um ponto crucial do estudo, trata-se da análise das possibilidades de restrições dos direitos fundamentais sociais, que vai de encontro à proposta da presente dissertação que é a de tutelar a efetivação de um direito fundamental à prestação de alimentos especiais. Todavia, a doutrina apresenta algumas teses sobre premissas que justificam a restrição de direitos fundamentais, as quais serão verificadas no presente momento. Para tanto, é necessário e obrigatório observar as propostas das teses apurando os argumentos utilizados a fim de que se possa questioná-los mais à frente, ou então, verificar que os argumentos são convincentes, quando das análises do direito à saúde e do direito à alimentação adequada, como tutela ao direito de fornecimento pelo Estado a alimentos especiais.

Pode-se constatar na Teoria dos Princípios, evidenciada neste trabalho, que foi apresentada por dois grandes representantes, Dworkin e Alexy, que existe a possibilidade de regular, conformar ou restringir os direitos fundamentais, de acordo com o entendimento de alguns autores, pela colisão de direitos fundamentais, pelo sopesamento, que alguns denominam de derrotabilidade, ou pelo surgimento de outras normas que restringem esse direito.

Como bem afirma Leivas¹⁵¹, “o reconhecimento das normas de direitos fundamentais como princípios, além de regras, conduz à questão da admissibilidade de serem restringidos”, visto que o direito fundamental deve ser garantido desde a sua criação já com o seu conteúdo, assim, coibiria-se qualquer hipótese de restrição

¹⁵¹ LEIVAS, 2006. p. 59.

desse direito que não fosse já determinado durante a sua criação. Nesse sentido, o autor entende o enunciado de princípios como sendo mandados de otimização, uma vez que são normas determinantes de que algo seja realizado na maior medida do possível, respeitando os limites jurídicos e fáticos existentes, não contendo mandados definitivos, “mas somente *prima facie*, porquanto necessitam de conteúdo de determinação com respeito aos princípios e regras contrapostos”.

Inicialmente, a distinção entre regulação, conformação e restrição deve ser feita. Segundo assevera Sarlet¹⁵², as normas regulativas ou conformativas são as que não importam em restrições aos direitos fundamentais, pois têm o objetivo de completar, melhorar e concretizar um direito fundamental, já tipificado na Constituição.

Já a restrição aos direitos fundamentais apresenta uma imposição de cargas coativas aos direitos fundamentais fazendo uma limitação do alcance *prima facie* dessa regra fundamental¹⁵³. De igual modo, afirma Alexy¹⁵⁴ que “a restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental”.

De maneira exemplificada, Bianchi¹⁵⁵ apresenta um modelo de conformação citando o direito de propriedade, afirmando que é um conceito essencialmente normativo visto que depende de uma conformação jurídica, destacando que não teria sentido próprio a norma sem a definição do seu conteúdo. Como exemplo de restrição cita o direito à saúde, que existe independente de disciplina jurídica, explicando que isso tecnicamente não se sujeita à conformação, mas sim à restrição.

O estudo sobre restrição aos direitos fundamentais foi dividido em dois aspectos: em aspecto formal e em aspecto material. No aspecto material, as restrições aos direitos fundamentais ocorrem somente por meio dos princípios. No aspecto formal, elas ocorrem por meio de regras e por princípios.¹⁵⁶

¹⁵² SARLET, 1998. p. 16.

¹⁵³ Idem. p. 391.

¹⁵⁴ ALEXY, 2008. p. 281.

¹⁵⁵ BIANCHI, 2012. p. 66.

¹⁵⁶ Idem.

A restrição por princípios representa aquela que necessita da realização do sopesamento por parte do Poder Judiciário, cabendo ao magistrado do caso concreto sopesar qual princípio deve prevalecer.¹⁵⁷

A restrição por regras é aquela em que ocorre o surgimento de leis, editadas pelo Poder Legislativo, em que o legislador, durante o processo de criação, realiza o sopesamento entre os princípios de direitos fundamentais controversos, e, conseqüentemente, a lei é fruto dessa restrição ao princípio que fora derrotado no caso concreto.¹⁵⁸

Assim, pode-se afirmar que a restrição formal aos direitos fundamentais pode ocorrer por uma norma constitucional ou por uma norma infraconstitucional editada, fundamentada na Constituição, ou por uma decisão judicial.

Feitas tais considerações, importante ressaltar a classificação que Alexy¹⁵⁹ apresenta sobre as restrições aos direitos fundamentais, dividindo-as em restrições diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais.

Nesse sentido, o autor sustenta que as restrições diretamente constitucionais são operacionalizadas através de cláusulas restritivas expressas, alegando serem parte de uma norma de direito fundamental completa que afirma que de maneira *prima facie* é garantido pelo suporte fático do princípio fundamental que foi ou pode ser restringido¹⁶⁰. A título de exemplo de um direito *prima facie* garantido tem-se o direito à vida, entretanto existe uma restrição desse direito tipificado na Constituição, que é condenação à morte em caso de guerra.

No caso das restrições indiretamente constitucionais, existe uma subdivisão em restrições de reservas legais e restrições não expressamente autorizadas pela Constituição. As restrições de reservas legais são restrições impostas pelo legislador aos princípios de direitos fundamentais com suporte em norma constitucional, subdividindo-se em simples e qualificadas.¹⁶¹

¹⁵⁷ SILVA, 2009. p. 141.

¹⁵⁸ Idem. p. 142.

¹⁵⁹ ALEXY, 2008. p. 286.

¹⁶⁰ Idem. p. 286.

¹⁶¹ BIANCHI, 2012. p. 68.

As reservas legais simples são as que autorizam a intervenção legislativa não especificando os pressupostos e objetivos, resultando em uma maior amplitude de competência para o exercício da restrição. As reservas qualificadas já apresentam os objetivos e pressupostos a serem respeitados pelo legislador ao restringir determinado direito, dando uma menor flexibilidade de competência para o exercício da restrição.¹⁶²

Passa-se então a estudar as restrições não expressamente autorizadas pela Carta Magna que consistem na possibilidade de existência de colisões de direitos fundamentais que não foram pensadas pelo Constituinte, mas que devem ser solucionadas agora. Oportuno mencionar o exemplo de Sarlet¹⁶³ da colisão entre o princípio da liberdade de expressão e o direito à intimidade, ambos consagrados na Constituição Federal, no artigo 5º.

Ainda sobre esse assunto, existe a classificação das restrições aos direitos fundamentais em duas teorias, a interna e a externa. A teoria interna dos direitos fundamentais corresponde àquela que “parte desde o início de direitos definitivos, ou seja, o conteúdo do direito não é formado por meio das restrições externas a este direito”. Nessa teoria, o direito pode ter limites, sendo que o conceito de restrição (*Schranke*) trocado pelo conceito de limite (*Grenze*), recebendo o nome de restrições imanentes (*immanentem Schranken*). Outro desdobramento dessa teoria é a não existência da obrigatoriedade, nem a necessidade de realizar a ponderação para identificar o conteúdo verdadeiro, “a ponderação, que ocorre exclusivamente em um modelo de princípios, é o procedimento adequado para a solução de suas colisões”¹⁶⁴.

A teoria externa consiste, conforme Borowski¹⁶⁵, naquela que promove a distinção entre o direito *prima facie* e o direito efetivo, sendo esse direito definitivo realizado mediante a judicialização. Desse modo, a aplicação da teoria externa inicia-se com a verificação de se determinada ação ou omissão ofende um direito *prima facie*, se sim, observam-se as possíveis restrições a esse direito analisando a existência de alguma norma restritiva, realizando o exame da proporcionalidade, por

¹⁶² SARLET, 2009c. p. 392.

¹⁶³ Idem. p. 393.

¹⁶⁴ LEIVAS, 2006. p. 62.

¹⁶⁵ BOROWSKI, Martin. **Grundrechtsprinzipien**: die unterscheidung von prima-facie position und definitiven position als fundamentaler konstruktionsgrundsatz der grundrechte. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1998. p. 31.

fim, verificando que existe a norma restritiva desproporcional, se reconhece o direito como definitivo¹⁶⁶.

Assim, destaca-se a decisão 85.386 (397) do Tribunal Constitucional Federal Alemão em que Borowski¹⁶⁷ usa em sua obra para apresentar um exemplo da teoria externa:

Esta visão não está correta no sentido dos direitos fundamentais. A proteção dos direitos fundamentais refere-se à conduta do cidadão. Este deve ser livre. Medidas estatais contra condutas do cidadão protegidas jusfundamentalmente são intervenções. No interesse da liberdade individual são submetidas elas a especiais exigências que resultam principalmente de regulamentação de restrições do direito fundamental afetado e do princípio da proporcionalidade[...].

Crerios de orientação para intervenções não têm, porém, nenhum lugar junto à definição do âmbito de proteção. Âmbitos de proteção dos direitos fundamentais não se deixam podar[...]. As necessidades das empresas postais e a proteção de outros assinantes telefônicos não são ignoradas desse modo, porém são tratadas no campo da intervenção e da regulamentação das restrições.

Dessarte, analisando o transcrito, é notória a afirmação de Leivas¹⁶⁸ de que “fica claro no exemplo a diferenciação metódica de restrição e do âmbito de proteção/intervenção, conforme é a teoria externa”.

Por fim, ao encerrar a presente seção inicial do estudo que tratou de analisar os direitos fundamentais, sua classificação, suas teorias e suas restrições, é permitido avançar na pesquisa com uma carga teórica suficiente adquirida a fim de examinar a efetivação do direito à alimentação especial. A verificação, na próxima seção, do que são os alimentos especiais e de como são prestados mediante as políticas públicas de saúde no Brasil, será realizada com o propósito de garantir o direito a alimentos especiais sopesados no direito à saúde e no direito à alimentação adequada.

¹⁶⁶ LEIVAS, 2006. p. 63.

¹⁶⁷ BverfGE *apud* BOROWSKI, 1998. p. 59.

¹⁶⁸ LEIVAS, *op. cit.* p. 64.

3 O DIREITO AO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO ESTADO

Um dos pilares da Constituição Federal do Brasil está em garantir a dignidade da pessoa humana, com proeminência na proteção e promoção dos direitos humanos, conforme os ditames dos tratados internacionais em que o Brasil é signatário. Ratificando esse entendimento, encontra-se tipificado, no título I, art. 1º, da CF/88, que “a República Federativa do Brasil, formada pela união dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] III — a dignidade da pessoa humana”¹⁶⁹.

O alimento é indubitavelmente um dos elementos essenciais para a manutenção da vida e da dignidade humana, e desde o fim da 2ª Guerra Mundial vem se desenvolvendo uma busca pela tipificação desse direito nos ordenamentos jurídicos dos países e nas cláusulas dos tratados internacionais, com o propósito de garantir o chamado direito humano à alimentação adequada (DHAA) como um direito fundamental.

No Brasil, o direito à alimentação foi incluído no texto constitucional mediante a Emenda Constitucional nº 64, no ano de 2010, passando a integrar o rol dos direitos fundamentais sociais do art. 6º da CF/88. Com certeza, esse é um marco do direito à alimentação no Brasil. Lembra-se que o direito à alimentação já vinha sendo garantido, de maneira indireta, conforme citações em artigos constitucionais e em tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

Um dos pré-questionamentos levantados na pesquisa científica está na grande dificuldade de padronização terminológica do conceito dos ditos “alimentos especiais” e na imprecisão normativa que a caracteriza, pelo fato de que existe uma gama de nomes distintos empregados nas ações judiciais para denominarem os leites especiais, as fórmulas de aminoácidos e os outros nutracêuticos, oriundos de doenças causadas por distúrbios alimentares e do metabolismo, necessitando um aprofundamento dos diversos tipos e classificações de alimentos, inclusive buscando alguma terminologia internacional como comparação.

¹⁶⁹ BRASIL, 1988. p. 1.

As três linhas de argumentação levantadas para a solução do problema buscam enquadrar o direito à prestação de alimentos especiais na legislação nacional, de acordo com as seguintes hipóteses: 1) a efetivação dos alimentos especiais garantidos pelo direito humano à alimentação adequada (DHAA); 2) a efetivação dos alimentos especiais abarcados pelo direito à saúde, ao considerar o alimento especial como um medicamento, ou por entender que o direito à saúde está interligado à necessidade de alimentação mínima para manutenção da vida e pelo provável risco de morte; 3) e uma terceira hipótese que abarcaria os dois direitos em conjunto, o DHAA e o direito à saúde, entendendo que os direitos se complementam sendo promovidos pelas políticas públicas que atendam tanto à alimentação quanto à saúde.

A primeira premissa parte da compreensão de que o alimento especial deve ser garantido pelo direito à alimentação adequada. O estudo dessa premissa limitou o objeto de análise para a efetivação de alimentos especiais relacionados às doenças alérgicas e de metabolismo, tendo em vista existirem diversos outros tipos de doenças que obrigam o paciente a consumir uma determinada alimentação especial, para tanto, restringiu-se em apenas três, que são as doenças que possuem um número maior de demandas judiciais impetradas contra o Estado e a União. No estudo das doenças que causam essas demandas, apenas foram apresentados estudos da Medicina, como causas, danos e consequências, diagnóstico, tipo de alimento especial usado no tratamento, e política pública envolvida, para verificar se o alimento demandado é um medicamento e se existe política pública atendendo a tal necessidade.

O direito à alimentação adequada tem grande vínculo com o direito internacional, haja vista que o Brasil é signatário de tratados internacionais que garantem o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e o combate e a erradicação da fome. Nesse caminho, serão estudadas a tipificação do direito à alimentação adequada, a efetivação desses direitos, a verificação da atuação da Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN) e da aplicabilidade da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional. Por derradeiro, deve-se concluir se essa premissa realmente é efetiva, garantindo o direito à alimentação especial pelo Estado aos cidadãos que necessitem de alimentos especiais.

A segunda premissa parte do pressuposto de que a prestação de alimentação especial deve ser garantida pelo direito à saúde, visto que não existem outras possibilidades de uso desse tipo de alimentação para os acometidos por doença alérgicas e do metabolismo, senão para tratar de suas respectivas doenças, assim, acredita-se que tais alimentos possam ser considerados medicamentos devido à sua finalidade curativa. Para isso, é fundamental entender o que é saúde, o que abarca o seu conceito, o que é o direito à saúde, como esse direito está tipificado na Constituição e nas demais leis infraconstitucionais, como funciona o Sistema Único de Saúde no fornecimento de fármacos e de alimentos especiais, o que é política pública, quais são as disponibilizadas para atender às demandas de alimentos especiais e se realmente são eficazes. Por fim, essa premissa assevera que a efetivação do direito à alimentação especial se dá por meio do direito à saúde por entender que esses alimentos devam ser considerados medicamentos.

A terceira premissa parte da hipótese da alimentação como sendo uma determinante da saúde possuindo uma relação intersetorial, com o propósito de garantir a segurança alimentar e nutricional dos cidadãos brasileiros. Ou seja, a alimentação especial deve ser garantida pela efetivação tanto do direito à alimentação adequada quanto do direito à saúde, pois estão interligadas e interdependentes.

Por derradeiro, ao término do presente capítulo, deve-se ter condições de afirmar se a alimentação especial no Brasil é, ou deveria ser, garantida pelo direito à saúde ou pelo direito à alimentação adequada, ou podendo ser efetivada por ambos, e quais são as políticas públicas responsáveis pela efetivação desses direitos conforme prevê a Carta Magna brasileira.

3.1 OS ALIMENTOS ESPECIAIS E AS ALERGIAS ALIMENTARES

No Brasil, existe uma dezena de variedades de termos empregados para definir alimentos especiais, nomes distintos são utilizados pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo para conceituar alimento especial. Dentre eles, citam-se os termos mais utilizados nos processos judiciais entre 2005 e 2008, conforme

Delduque e Silva¹⁷⁰, para tratar de solicitação de leites especiais: aminoácido, fórmula à base de aminoácidos, fórmula alimentar, leite especial, leite Neocate, alimento à base de aminoácidos, alimento de alto custo, insumo alimentar, medicação, dieta alimentar, remédio, suplemento, fórmulas hidrolisadas, suporte alimentar, hidrolisado proteico, preparado, leite hipoalérgico, dentre outros. Nesse ponto, fica notório que nessa conceituação existem duas classes empregadas distintas: a de alimentos e a de medicamentos.

Nesse sentido, a definição de alimento está tipificada no inciso I, do art. 2º, da Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, ordenamento responsável por estipular as normas sobre alimentos, veja-se:

Alimento: toda substância ou mistura de substâncias, no estado sólido, líquido, pastoso ou qualquer outra forma adequada, destinadas a fornecer ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento.¹⁷¹

Os alimentos são conceituados como artigos usados para comer e beber por homens ou outros animais, podendo ser consumidos pelo gosto, aroma ou valor nutritivo.¹⁷²

Conforme o Codex Alimentarius, o alimento é definido como sendo qualquer substância, quer seja processada, semiprocessada ou crua, destinada ao consumo humano, incluindo bebidas, goma de mascar e qualquer substância que seja usada na fabricação, preparação ou tratamento do alimento, excluindo-se os cosméticos, tabaco ou substâncias usadas apenas como drogas.¹⁷³

Por sua vez, o medicamento é definido pela Lei nº 5991, de 17 de dezembro de 1973, em seu art. 4º, inciso II, como sendo “produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de

¹⁷⁰ DELDUQUE, Maria Célia; SILVA, Alessandra Barreto. **O direito fundamental à alimentação nos tribunais: uma análise.** Rio de Janeiro: Demétria, 2014. p. 398.

¹⁷¹ BRASIL. Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969: Institui normas básicas sobre alimentos. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0986.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017. p. 1.

¹⁷² NOONAN, W. P.; NOONAN, C. Legal requirements for “funcional foods’ claims. **Toxicology Letters**, v. 150, p. 19-24, 2004. p. 20.

¹⁷³ MORAIS, Fernanda; COLLA, Luciane. Alimentos funcionais e nutracêuticos: definições, legislação e benefícios à saúde. **Revista Eletrônica de Farmácia**, Rio de Janeiro, n. 2082, 2006. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/REF/article/view/2082>>. Acesso em: 29 ago. 2017. p. 111.

diagnóstico”¹⁷⁴. Destaca-se que o medicamento será abordado com mais ênfase por ocasião da possibilidade de prestação de alimentos especiais pelo direito à saúde, em tópico posterior da pesquisa.

Nesse caminho, os alimentos para fins especiais, foco da presente pesquisa, estão tipificados na Portaria do Ministério da Saúde nº 29, de 13 de janeiro de 1998, conforme abaixo transcreve-se:

Alimentos para fins especiais: são os alimentos especialmente formulados ou processados, nos quais se introduzem modificações no conteúdo de nutrientes, adequados à utilização em dietas, diferenciadas e ou opcionais, atendendo às necessidades de pessoas em condições metabólicas e fisiológicas específicas.¹⁷⁵

Ainda, cabe destacar que a Portaria nº 29, do Ministério da Saúde, apresenta a classificação dos alimentos para fins especiais, sendo dividida em três grupos: 1) os alimentos para dietas com restrição de nutrientes; 2) alimentos para ingestão controlada de nutrientes; e 3) alimentos para grupo populacionais específicos.

Oportuno mencionar que cada grupo possui uma subclassificação conforme consta na Portaria nº 29:

- 1) Os alimentos para dietas com restrição de nutriente são subdivididos em: alimentos para dietas com restrição de carboidratos, com restrição de gorduras, com restrição de proteínas, com restrição de sódio e outros alimentos destinados a fins específicos;
- 2) Os alimentos para ingestão controlada de nutrientes são subdivididos em: alimentos para controle de peso, alimentos para praticantes de atividade física, alimentos para dietas para nutrição enteral, alimentos para dietas de ingestão controlada de açúcares e outros alimentos destinados a fins específicos;

¹⁷⁴ BRASIL. Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Anvisa**. Disponível em: <<http://www4.anvisa.gov.br/base/visadoc/CP/CP%5B18629-1-0%5D.PDF>>. Acesso em: 17 ago. 2017. p. 1.

¹⁷⁵ BRASIL. **Portaria nº 29**, de 13 de janeiro de 1998. Publicada no DOU nº 10, de 15 de janeiro de 1998. Republicada no DOU nº 60, de 30 de março de 1998. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/%281%29PRT_SVS_29_1998_COMP.pdf/effa45e-7dea-4c6d-9cf3-ef92d014490d>. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 1.

3) Os alimentos para grupos populacionais específicos são subdivididos em: alimentos de transição para lactantes e crianças de primeira infância, alimentos para gestantes e nutrizes, alimentos à base de cereais para alimentação infantil, fórmulas infantis, alimentos para idosos e outros alimentos destinados aos demais grupos populacionais específicos.¹⁷⁶

Como se pode asseverar, são variadas e específicas as classificações, causando grande dificuldade de enquadramento, apesar de estarem descritas, uma a uma, na referida Portaria, o que não vem ao caso transcrever por completo.

Porém, importante é a designação apresentada na referida Portaria para a denominação dos alimentos para fins especiais, que afirma ser a:

Designação dos alimentos convencionais de acordo com a legislação específica, seguida da finalidade a que se destina, exceto para os adoçantes para dietas com restrição de sacarose, glicose (dextrose) e ou frutose, cuja designação é adoçante dietético.¹⁷⁷

Os suplementos alimentares são alimentos utilizados para complementar uma dieta de um cidadão saudável, em que sua ingestão na alimentação convencional não está sendo suficiente¹⁷⁸. Nesse ponto, é importante grifar a expressão cidadão saudável, limitando o uso da expressão, diferenciando-se daqueles cidadãos que possuem alguma doença, o que se confirma pelo fato de que não se pode usar o termo suplementos alimentares para portadores de doenças alérgicas.

Quando se fala em alimentos e no pleito de alimentos especiais, deve-se considerar que a sua falta causa problemas irreversíveis, inclusive podendo levar a óbito. Para tanto, uma premissa verdadeira para o atendimento do direito à alimentação adequada é que o ser humano esteja sem fome. Isso porque a fome é a sensação fisiológica do corpo quando acusa a necessidade de alimentos para manter as atividades vitais. Para isso, devem ser atendidas duas premissas: a primeira é a de que a disponibilidade do alimento deve ser em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades dietéticas das pessoas, livre de substâncias adversas e aceitáveis para uma determinada cultura; e a segunda, que

¹⁷⁶ BRASIL, 1998. p. 1.

¹⁷⁷ Idem. p. 3.

¹⁷⁸ DELDUQUE; SILVA, 2014. p. 402.

exista acessibilidade ao alimento de forma sustentável e que não interfira com a fruição de outros direitos humanos.¹⁷⁹

Na realidade, o funcionamento do organismo humano depende da certa quantidade e qualidade de alimentos, devendo conter em sua dieta nutrientes suficientes para garantir o metabolismo corporal, sendo que a falta destes pode causar atraso no desenvolvimento corporal, diabetes, retardo mental, hipertensão, dentre outras doenças. Nesse sentido, os riscos e os danos são potencializados principalmente em recém-nascidos, que, por estarem em formação, necessitam de alimentação regada e precisa.¹⁸⁰

O direito de estar protegido da fome é definido por Ribeiro¹⁸¹ como sendo a garantia do acesso a uma alimentação mínima composta de nutrientes, indispensável para que se evite a ocorrência de degradação biológica do ser humano que possa levar a óbito.

A nutrição é fundamental para o tratamento de várias patologias, normalmente compostas por proteínas, ácidos graxos essenciais e minerais, sendo que a má nutrição pode potencializar a predisposição e o agravamento de vários estados clínicos. Para tanto, a avaliação correta de cada paciente e a indicação precisa do suporte nutricional específico devem ser foco de atenção para não comprometer as funções básicas do organismo (Protocolo de Direção da Avaliação, Acompanhamento e Tratamento da Secretaria Estadual de Saúde do RS, 2014).

Passa-se então a analisar o conceito de suplementos nutricionais, que são alimentos usados para complementar uma dieta de uma pessoa saudável nos casos em que sua ingestão, com base em uma alimentação convencional, não esteja sendo suficiente. Importante frisar que o conceito trata nitidamente da pessoa saudável, ou seja, não se enquadraria para os portadores de doenças alimentares de cunho alérgico ou por problemas gastrointestinais. Ademais, é cabal destacar o conceito de necessidades alimentares especiais, conforme a PNAN, que são alterações metabólicas e fisiológicas causando mudanças alimentares, assim como

¹⁷⁹ GAMBÁ, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Direito humano à alimentação adequada e responsabilidade internacional. **Revista Semina: Ciências Sociais e Humanas**, Londrina, v. 30, n. 1, 2009. p. 43.

¹⁸⁰ BEURLEN, Alexandra. **Direito humano à alimentação no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

¹⁸¹ RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. **Direito fundamental à alimentação**: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

diversas patologias e agravos à saúde, gerando também necessidades alimentares especiais.¹⁸²

Nessa quadra, os alimentos para fins dietéticos especiais são alimentos processados ou formulados para atender às necessidades de grupos específicos da população, motivadas por uma doença ou não, que delimitem sua condição fisiológica.¹⁸³

Nesse ponto, é fundamental compreender a segurança alimentar, que surgiu em 1953, por ocasião da criação da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), VII Sessão de Conferência, tendo como característica a finalidade de garantir a produção e armazenamento de alimentos suficientes para atender às necessidades da população, com vistas a combater a fome e a desnutrição.¹⁸⁴

No entanto, Roberfroid¹⁸⁵ explica o conceito de alimento funcional como sendo um alimento que pode afetar beneficemente uma ou mais funções-alvo no corpo, além de possuir os adequados efeitos nutricionais, de maneira que seja tanto relevante para o bem-estar e a saúde quanto para a redução do risco de uma doença.

Os nutracêuticos são alimentos ou parte de um alimento que dão benefícios médicos e de saúde, por prevenção e/ou tratamento da doença, englobando os nutrientes isolados, alimentos processados como cereais, suplementos dietéticos na forma de cápsula, produtos herbais e alimentos *in natura*. Os nutracêuticos são classificados como fibras dietéticas, ácidos graxos poli-insaturados, proteínas, peptídios, aminoácidos ou cetoácidos, minerais, vitaminas antioxidantes e outros antioxidantes.¹⁸⁶

¹⁸² BRASIL. Secretaria de Políticas de Saúde. Política Nacional de Alimentação e Nutrição do Setor Saúde (PNAN). **Revista de Saúde Pública**, v. 34, n. 1, 2000. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_alimentacao_nutricao.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 104-108.

¹⁸³ MORAES; COLLA, 2006. p. 2.

¹⁸⁴ DI CESARE, Paula Paschoal. Os direitos à educação e à alimentação adequada como determinantes sociais da saúde. **Revista de Direito Constitucional e Internacional [recurso eletrônico]**, v. 97, 2016. p. 49.

¹⁸⁵ ROBERFROID, M. Functional food concept and its application to prebiotics. **Digestive and Liver Disease**, v. 34, Suppl. 2, 2002. p. 106.

¹⁸⁶ MORAES; COLLA, 2006. p. 111.

Prosseguindo, verifica-se na doutrina americana uma classificação interessante empregada pela *Food, Drugs and Cosmetics* (FDC) e que a *Food and Drug Administration* (FDA), entidade responsável por regular os alimentos funcionais, dividiu e classificou em cinco categorias: alimento, suplementos alimentares, alimento para usos dietéticos especiais, alimento-medicamento ou droga. Dessa feita, o conceito da FDC do termo alimento-medicamento é o alimento formulado para ser consumido sob a supervisão de um médico, sendo utilizado com a finalidade dietética específica em caso de doença ou condição para a qual existam requisitos nutricionais distintos, devendo ser baseado em princípios científicos conhecidos e que sejam avaliados por médicos.¹⁸⁷

Nos Estados Unidos, o conceito de alimento-medicamento é legalmente definido como:

Um alimento que é formulado para ser administrado inteiramente sob a supervisão de um médico e que é utilizado para o controle de uma doença ou condição para as quais possui requerimentos nutricionais distintos, baseado em princípios científicos reconhecidos.¹⁸⁸

Moraes e Colla¹⁸⁹ apresentam a diferença, de acordo com a FDA, entre alimentos-medicamentos e alimentos para fins dietéticos especiais: “os primeiros incluem-se em uma categoria mais estreita de alimentos, usados por pessoas com doenças e condições particulares, possuidoras de requerimentos nutricionais distintos”. Os alimentos para fins dietéticos especiais estão em uma categoria mais abrangente, mais ampla de alimentos, assim, os alimentos-medicamentos não podem ser incluídos na categoria de alimentos funcionais.

No Brasil, os alimentos especiais surgem como o principal solucionador da doença que obriga a ingestão de substâncias alimentares específicas. As principais doenças que demandam alimentos especiais são as causadas por alergias alimentares, e em segundo lugar, por doenças gastrointestinais, como a Síndrome do Intestino Curto, Colite, Doença de Refluxo Gastroesofágico, dentre outras.¹⁹⁰

¹⁸⁷ NOONAN; NOONAN, 2004. p. 21.

¹⁸⁸ KWAK, N.; JUKES, D. J. Functional foods part 2: the impact on current regulatory terminology. **Food Control**, v. 12, 2001. p. 109-117.

¹⁸⁹ MORAES; COLLA, 2006. p. 112.

¹⁹⁰ DELDUQUE; SILVA, 2014. p. 396.

A Fundação Oswaldo Cruz realizou uma pesquisa, através da coordenação do Programa de Direito Sanitário, em que foram estudadas as ações demandadas por via judicial em que se solicitavam alimentos especiais, nos anos de 2005 a 2008. O resultado apontou que, dos 47 processos analisados, a maior demanda foi por alergia alimentar, 55,3%, sendo o alimento especial para combater a alergia a proteína do leite de vaca, o alimento mais solicitado.¹⁹¹

Assim, restringe-se este estudo às doenças causadas por alergias alimentares e gastrointestinais, tendo em vista que o foco do trabalho é o Direito e a efetivação da prestação de alimentos especiais pelo Estado pela via judicial, não sendo de extrema relevância estudar todas as doenças e alimentos especiais demandados judicialmente, portanto, restritos a três dentre aqueles com mais demandas judiciais.

As doenças que demandam alimentos especiais normalmente são causadas por alguns distúrbios alimentares, devido às reações adversas ou à alergia alimentar a determinado nutriente. Para tanto, faz-se necessário discernir esses dois causadores: reação adversa e alergia alimentar. O primeiro, a reação adversa a alimento (RAA) é o termo empregado nas reações causadas por ingestão de qualquer alimento, independentemente de sua natureza. Tal denominação inclui as reações causadas pelo sistema imunológico, como as intolerâncias a alimentos, reações farmacológicas e reações de toxinas bacterianas. A Alergia Alimentar é o conceito empregado às RAA relativas aos mecanismos imunológicos, sendo definida pelo *National Institute of Allergy and Infectious Disease (NIAID)*, do *National Institute of Health (NIH)*, dos Estados Unidos, como uma “resposta imunológica adversa reprodutível que ocorre à exposição de um certo alimento, que é distinta de outras RAA, tais como intolerância alimentar, reações farmacológicas e reações mediadas por toxinas”¹⁹².

Posto isso, passa-se a verificar quais são os principais alimentos para fins especiais solicitados por via judicial e aprofundar o estudo das doenças causadoras, apresentando-se as características principais, o tratamento, as suas causas e consequências.

¹⁹¹ DELDUQUE; SILVA, 2014. p. 393.

¹⁹² CHAPMAN, J. A. *et al.* **Food allergy**: a practice parameter. *Annals of allergy, asthma & immunology*, v. 96, n. 3, p. S1-S68, 2006.p. 96.

3.1.1 Os leites especiais e a Alergia à Proteína do Leite de Vaca (APLV)

A principal demanda de alimentos especiais no Brasil está relacionada ao pedido de fornecimento de leites especiais, ocasionada pela doença da alergia à proteína do leite de vaca (APLV), que normalmente surge nos primeiros anos de vida, causando ainda mais restrições alimentares ao recém-nascidos.¹⁹³

A alergia à proteína do leite de vaca é uma doença em que o paciente não pode consumir leite por causar diversos problemas gastrointestinais, sendo que em alguns casos mais extremos, podem ocorrer riscos graves e até a morte. Essa alergia não tem cura e seu tratamento remete à necessidade de consumir um leite especial, principalmente para os recém-nascidos, sendo a única forma nutricional para bebês nos primeiros meses de vida.¹⁹⁴

A APLV é causada pela intolerância à lactose devido a um problema no organismo em não produzir, ou produzir em quantidade insuficiente, a lactase, enzima responsável por digerir a lactose do leite. Isso provoca um acúmulo de lactose no intestino, ocasionando fermentação por bactérias, que provocam diarreia, gases, cólicas, distensão abdominal e até hemorragias.¹⁹⁵

O sintoma da alergia à proteína do leite de vaca é definido como uma reação adversa mediada imunologicamente contra antígenos do leite de vaca. Conforme Wang e Sampson¹⁹⁶, é o primeiro fenômeno da sintomatologia atópica, porque as proteínas do leite de vaca são as primeiras consumidas em grande quantidade por uma criança. Os sintomas da APLV normalmente surgem durante o primeiro ano de vida e após dias ou semanas de amamentação com fórmulas baseadas no leite de vaca, sendo que a incidência em crianças durante exclusiva amamentação é relatada em 0,4 a 0,5%.

¹⁹³ DELDUQUE; SILVA, 2014.

¹⁹⁴ PEREIRA, Patrícia Brasil; SILVA, Cristiane Pereira da. Alergia à proteína do leite de vaca em crianças: alergia a proteína do leite de vaca em crianças, repercussão da dieta de exclusão e dieta substitutiva sobre o estado nutricional. **Pediatria**, São Paulo, v. 30, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.pediatrasiapaulo.usp.br/upload/pdf/1258.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017. p. 100-106.

¹⁹⁵ MATTAR, Rejane; FERRAZ, Daniel. Intolerância à lactose: mudança de paradigmas com a biologia molecular. **Revista Eletrônica da Associação Médica Brasileira**, v. 13, supl. 1, 2010. Disponível em: <<http://scielo.br/pdf/icse/v13s1/a28v13s1.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017. p. 123.

¹⁹⁶ WANG, Julie; SAMPSON, Hugh A. Food allergy: recent advances in pathophysiology and treatment. **Allergy, asthma & immunology research**, v. 1, n. 1, 2009. p. 21.

Os principais sintomas da APLV são: náuseas, vômitos, diarreia, dermatite atópica, urticária aguda, rinite alérgica, chiado, síndrome oral e sangue nas fezes. As reações são mediadas por imunoglobulinas E (IgE), mediadas por células, ou uma mistura de ambas. Tais reações ocorrem entre uma e duas horas após a exposição, para os vários alergênicos alimentares, sendo desencadeadas pela ligação dos alergênicos alimentares às células efectoras através da IgE específica, o que ocasiona a liberação de mediadores inflamatórios como a histamina, citocinas, leucotrienos, entre outros.¹⁹⁷

O diagnóstico de APLV normalmente surge em história clínica e, na ausência total de sintomas, após eliminar o leite de vaca na dieta da criança e na mãe que alimenta, podendo ainda confirmar mediante o retorno do leite na dieta com a reincidência da alergia. Os principais diagnósticos são realizados por meio do teste padrão duplo-cego controlado por placebo, considerado como padrão-ouro no diagnóstico de alergia alimentar.¹⁹⁸

A dificuldade de diagnosticar a doença é um fator que limita o tratamento visto que, como explicado, somente pode ser diagnosticada por história clínica, dieta de exclusão e por teste de desencadeamento da proteína, sendo que existe uma limitação e preocupação na aplicação de exames sorológicos e cutâneos pelos grandes riscos da alergia.¹⁹⁹

O tratamento da doença é baseado da retirada total de alimentos à base de leites, com a ingestão de leites especiais, principalmente para recém-nascidos, sendo os principais alimentos especiais indicados para os portadores dessa doença: Neocate®, Pregomin®, Alfaré®, Peptmanen Júnior®, dentre outros. Importante ressaltar o aspecto financeiro desses produtos, haja vista que cada frasco (lata) desses alimentos especiais custa em média R\$ 200,00 (duzentos reais), tendo uma demanda variável mensalmente de em torno de vinte latas, totalizando um valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) mensais com gasto na aquisição desses alimentos especiais.²⁰⁰

¹⁹⁷ WANG; SAMPSON, 2009. p. 21.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ PEREIRA; SILVA, 2008.

²⁰⁰ DELDUQUE; SILVA, 2014. p. 398.

A falta de tratamento à APLV pode limitar o desenvolvimento físico do paciente, gerado por subnutrição, o que, conforme Solé, Silva e Filho²⁰¹, classifica o paciente de APLV como portador de deficiência. Outro aspecto notado é que a Sociedade de Alergia e Imunopatologia e a Sociedade Brasileira de Pediatria afirmam que existem mais de 13 milhões de brasileiros que são acometidos por essa doença, fato que inviabiliza o enquadramento da doença como uma doença rara para um pleito de atendimento por via da Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras.

Conforme uma pesquisa realizada, o fornecimento desses alimentos especiais — leites especiais, fórmulas de: isolado de soja, de semielementar infantil, de elementar infantil, infantil nutricionalmente completa para crianças de 1 a 10 anos — não é estabelecido pela União. Cada estado, no caso da Região Sul, aplica o seu entendimento. No caso do RS, é fornecido pela Secretaria Estadual de Saúde do RS, estabelecendo um critério longo e demorado. No caso de Santa Catarina, não é fornecido pela União, tampouco pelo estado, porém existem algumas cidades em que o município atende a essas demandas.²⁰²

Depreende-se, pois, que a União não atende de maneira satisfatória à necessidade de prestação de alimentos especiais por política pública para a APLV, o que é uma causa da grande demanda de ações judicializadas com pleito nesse tipo de medicamento. Alguns estados e municípios a fornecem estabelecendo critérios próprios e demorados, o que não atende à necessidade e à presteza adequada.

3.1.2 A fórmula de aminoácidos para a fenilcetonúria (PKU)

A fenilcetonúria é uma doença rara, congênita e genética, em que a pessoa nasce sem a capacidade de quebrar adequadamente moléculas do aminoácido fenilalanina, sendo essa atividade a responsável por processar a fenilalanina em tirosina. Sua principal causa é por mutação genética em que os pais passam o gene defeituoso para o recém-nascido. Os bebês, sem a fenilalanina hidroxilase,

²⁰¹ SOLÉ, Dirceu; SILVA, Luciana; FILHO, Nelson A. Rosário. Consenso Brasileiro sobre Alergia Alimentar: 2007. **Revista Brasileira de Alergia e Imunopatologia**, v. 31, n. 2, 2008. p. 64-89.

²⁰² HEIMBURG, Anderson Von. **Direito à prestação de alimentos para satisfação de necessidades alimentares especiais no Sistema Único de Saúde**. 2014. Dissertação (Mestrado) – Uniritter Laureate International Universities, Porto Alegre, 2014. p. 62.

responsável por quebrar a fenilalanina, têm seus níveis de fenilalanina elevados, sendo tóxicos ao sistema nervoso central, podendo ocasionar danos cerebrais graves.²⁰³

Os principais sintomas vão de leves a graves, dentre a deficiência mental, problemas comportamentais, convulsões, tremores e espasmos, hiperatividade, alteração no crescimento, dermatite atópica, microcefalia, odor desagradável na respiração da criança, na pele ou urina, causado pelo excesso de fenilalanina no organismo.²⁰⁴

O caso mais grave dessa doença é conhecido como fenilcetonúria clássica, que se não tratada causa deficiência intelectual permanente. O diagnóstico da doença é facilmente detectado por exame de sangue e urina.²⁰⁵

O diagnóstico da fenilcetonúria é realizado por meio da medida da Phe em papel-filtro no período neonatal, conhecido pelo nome de Teste do Pezinho, exame obrigatório para detectar e realizar o tratamento precoce fazendo parte do Programa Nacional de Triagem Neonatal (PNTN). Quando descoberta nos primeiros meses de vida e tratada regularmente, permite ao paciente seu desenvolvimento normal.²⁰⁶

O tratamento consiste em uma dieta com baixo teor de fenilalanina, acompanhada por médico e nutricionista, particularmente durante o crescimento da criança. A fenilalanina que deve ser evitada é encontrada em alimentos proteicos como leites, ovos e carnes e adoçantes com aspartame. No caso de recém-nascidos, os médicos recomendam alimentos especiais em substituição ao leite, para a ingestão com segurança de aminoácidos, pois é nessa fase que ocorrem as principais complicações como danos cerebrais irreversíveis, atraso neurológico, psicológico e motor.²⁰⁷

Destaca-se que não existe um consenso internacional sobre quais são os níveis-alvos de Phe, havendo diferença entre países, e no Brasil, diferenças entre os estados. Portanto, normalmente, são seguidas as recomendações da *Food and*

²⁰³ PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS FENILCETONÚRIA. Portaria SAS/MS nº 1.307, de 22 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/02/pcdt-fenilcetonuria-livro-2013.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 1.

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ TREVISAN, L. M. *et al.* Access to treatment for phenylketonuria by judicial means in Rio Grande do Sul. **Ciência Saúde Coletiva**, v. 20, n. 5, 2015. p. 1617.

²⁰⁷ PROTOCOLO, op. cit. p. 1.

*Agriculture Organization of the United Nations e World Health Organization (WHO)*²⁰⁸, que considera a necessidade de ingerir proteína em quantidade igual ou superior a pessoas saudáveis.

Para tanto, os médicos especialistas prescrevem a ingestão de uma fórmula metabólica para compensar a falta de nutrientes, principalmente rica de proteínas que foram retiradas da dieta. Tais fórmulas são isentas de Phe e compõem-se de aminoácidos livres, vitaminas e elementos-traços.²⁰⁹

No Brasil, tais fórmulas são fornecidas por alguns governos estaduais, sendo distribuídas pelas secretarias estaduais de saúde, após preencher os requisitos e fases do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) no Ministério da Saúde.²¹⁰

O Rio Grande do Sul atualmente conta com dois centros de referência para acompanhamento dos pacientes com PKU, o Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA) e o Hospital Materno Infantil Presidente Vargas (HMIPV).²¹¹

Porém, existem tratamentos inovadores com suplementação do cofator BH4 sintético que não são cobertos pelo SUS, sendo aprovados pelo FDA e Emea, havendo apenas a necessidade de verificar se o paciente é responsivo (são aqueles que se beneficiam com o uso de BH4). Atualmente, o Ministério da Saúde do Brasil não oferece esse tipo de tratamento.²¹²

Ainda, destaca-se um outro tratamento inovador denominado pela sigla LNAA (*large neutral amino acid*), aminoácidos de cadeia grande neutra que disputam com a Phe pelos receptores de aminoácidos existentes na barreira hematoencefálica, de forma que impedem a entrada no cérebro diminuindo a sua neurotoxicidade. Atualmente, o Ministério da Saúde do Brasil também não oferece esse tipo de medicamento/alimento especial.²¹³

²⁰⁸ WHO. World Health Organization. **Adherence to long term therapies: evidence for action.** Geneve, 2003. Disponível em: <http://www.who.int/chp/knowledge/publications/adherence_report/en/>. Acesso em: 23 nov. 2017. p. 1.

²⁰⁹ TREVISAN, 2013. p. 18.

²¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas – PCDT.** 2017. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/protocolos-e-diretrizes>>. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 1.

²¹¹ TREVISAN *et al.*, 2015. p. 30.

²¹² *Idem.* p. 18.

²¹³ TREVISAN *et al.*, 2015. p. 19.

Por derradeiro, verifica-se que o Brasil possui uma política pública para atender às demandas de alimentos especiais para portadores de PKU, mas que existem atrasos, por vezes omissões e uma deficiência em atualizar os alimentos especiais mais recentes e eficazes, gerando uma busca por essas novidades através da via judicial.

3.1.3 Suplementos alimentares e a glicogenose

A glicogenose é uma doença autossômica recessiva que normalmente é oriunda da carga genética dos primogênitos, fruto de um falha no metabolismo causada pela alteração do glicogênio no organismo. O glicogênio é uma substância presente em todas as células animais, principalmente no fígado e músculos, sendo o fígado o órgão responsável pelo armazenamento e liberação de glicose para o corpo quando em situações de estresse ou quando os níveis de glicose diminuem no sangue. Nesse sentido, na glicogenose existe uma deficiência de glicose-6-fosfatase (G-6-Pase), uma enzima responsável pelo metabolismo do glicogênio, ou seja, nessa doença, o glicogênio não é “quebrado” devido à deficiência dessa enzima, que acaba se acumulando no fígado. A não transformação do glicogênio em glicose ocasiona no corpo diversos problemas, como por exemplo, adenoma hepático, hipoglicemia, complicações renais, acidose láctica, hiperuricemia, hiperlipidemia e infecções na pele e trato respiratório²¹⁴. Uma das glicogenoses mais comuns é a do Tipo Ia, denominada de doença de Von Gierke, que causa hipoglicemia, acidemia láctica, hiperuricemia, hipofostatemia e adenoma hepático.

Nessa análise, alguns estudos apresentam que a falta de tratamento dessa doença ocasiona um quadro neurológico grave de convulsões e um aumento de ácido láctico no sangue. Um tratamento para essa doença está em uma dieta com o propósito de equalizar os níveis de glicemia, que é a alimentação contínua por sonda, mas muito desagradável para o paciente.²¹⁵

²¹⁴ REIS, Cristina V. S. *et al.* Glicogenose tipo I. **Jornal de Pediatria da Sociedade Brasileira de Pediatria**, v. 75, n. 4, 1999. Disponível em: <<http://www.jpmed.com.br/conteúdo/99-75-04-227/port.asp>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 1.

²¹⁵ NUNES, Frederico Henrique Salles. Comunicação interventricular, doença metabólica e nutrição: relato de caso. **Revista da Sociedade de Cardiologia do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, 2009. Disponível em:

O diagnóstico da glicogenose é feito por análise combinada com as alterações clínicas e bioquímicas, para identificar as mutações dos genes; exame pré-natal mediante o estudo do DNA de amniocitos, sendo em raros casos usado o estudo enzimático de tecido hepático.²¹⁶

Sua profilaxia está na ingestão de amido cru, haja vista que essa doença não tem cura, devendo o amido cru ser consumido em intervalos de duas a quatro horas, além da proibição de comer qualquer alimento com frutose e galactose, e a complementação vitamínica motivada pela dieta rigorosa, e o outro tratamento é a administração de remédios para proteção dos rins, e em último caso o transplante do fígado.²¹⁷

O tratamento é baseado na dieta e controle metabólico mimetizando a produção endógena de glicose com a oferta de carboidratos via oral ou enteral: refeições frequentes com lanches de amido parcialmente cozido, dieta contínua noturna por sonda nasogástrica e administração de amido cru são as principais opções no tratamento da referida doença.²¹⁸

Na maioria dos casos, é indicada a suplementação nutricional com vitaminas e minerais, devendo-se seguir a dieta específica elaborada individualmente para cada paciente, de acordo com a idade e o recordatório alimentar. Nesse propósito, existe a busca pelo amido de milho modificado, ou melhor purificado, vendido como Glycisade® — Vitaflo, que promete manter a glicemia noturna por um período maior.²¹⁹

3.2 A PRESTAÇÃO DE ALIMENTAÇÃO ESPECIAL PELO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO

<http://sociedades.cardiol.br/socerj/revista/2009_02/a2009_n02_rcas02Frederico.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 113.

²¹⁶ SANTOS-ANTUNES, João; FONTES, Rui. A glicogenose tipo I: disfunção do complexo glicose-6-fosfatase. **Arquivode Medicina**, Porto, v. 23, n. 3, p. 109-117, jun. 2009. p. 7.

²¹⁷ BADZIAK, Daniela *et al.* Dermatose perfurante adquirida associada à insuficiência hepática em paciente transplantado de fígado Acquired perforating dermatosis associated with hepatic failure in a liver-transplanted patient. **An Bras Dermatol**, v. 82, n. 1, 2007. p. 53-56.

²¹⁸ SANTOS, Berenice Lempek. **Glicogenose tipo I**: caracterização clínico-laboratorial de pacientes atendidos em um ambulatório de referência em erros inatos do metabolismo. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 39.

²¹⁹ SANTOS, 2013. p. 40.

O presente tópico tem por objetivo estudar o direito fundamental à alimentação, também denominado de direito humano à alimentação adequada (DHAA), com fulcro na verificação da plausibilidade de aplicá-lo para tutelar o fornecimento de alimentos especiais pelo Estado. Com esse propósito, serão analisados os preceitos legais, seja na legislação internacional, concretizada por meio de tratados em que o Brasil é signatário, ou pela legislação constitucional direta ou indireta e pela legislação infraconstitucional.

Para tanto, a presente seção foi dividida em três partes. A primeira estuda a fundamentação teórica necessária para entender o referido direito, verificando ainda a tipificação internacional, constitucional e infraconstitucional, e por fim, a efetivação.

A segunda parte estuda o direito à alimentação e o DHAA, focando o direito humano, na legislação internacional, na tipificação do ordenamento brasileiro e nas políticas públicas que a englobam. Ainda neste episódio, apresentam-se os três alimentos especiais mais demandados por via judicial, com o propósito de estudar suas peculiaridades e se realmente existem políticas públicas que as atendam.

A terceira parte estuda o direito à saúde realizando um aprendizado sobre como são desenvolvidas as políticas públicas do SUS e suas particularidades, como por exemplo, seus princípios e efetivação.

Por fim, é realizada uma conclusão parcial da seção, que deve apresentar como o direito à alimentação especial é garantido, ou deveria ser, e por qual direito ele deve ser aplicado.

3.2.1 Fundamentação teórica: conceito, tipificação e efetivação

O surgimento do direito à alimentação adequada, historicamente, registra-se no ano de 1945, quando foi tipificado pela primeira vez o direito à alimentação, por ocasião da criação da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (*The Food and Agriculture Organization of the United Nations - FAO*), que tinha por objetivo erradicar a fome no mundo. Alguns anos mais tarde, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos definiu em seu art. 25 que “toda pessoa tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação [...]”. Em 1966, esse direito foi reiterado

pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), na Assembleia Geral das Nações Unidas, conforme esculpido no art. 11: “os Estados-partes no presente pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida da fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos [...]”²²⁰.

O surgimento do direito à alimentação no Brasil ocorreu em 1972, com a criação da Lei nº 72.034, de 30 de novembro, que tipificou a criação do Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição, com o objetivo de fomentar a Política Nacional de Alimentação e Nutrição. Um ano após, surge o Programa Nacional de Alimentação e Nutrição (Pronan) concretizando as demandas para melhoria da alimentação e nutrição no Brasil.²²¹

O direito à alimentação está tipificado na Constituição Federal do Brasil, no seu artigo 6º:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.²²²

Porém, tal direito somente foi incluído na Constituição em 5 de fevereiro de 2010, por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 64. Ressalta-se que já existiam artigos na Carta Magna que aludem ao direito à alimentação de maneira indireta, o Art. 3º “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”²²³; assim como o Art. 23 “é competência comum da União, dos Estados e dos Municípios: X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”²²⁴; e referente a qualidade de vida o Art. 225:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao

²²⁰ CESARE, Paula Paschoal di. Os direitos à educação e à alimentação adequada como determinantes sociais da saúde. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 97, set./out. 2016. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/110870/Paula%20Paschoal%20Di%20Cesare.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2017. p. 6.

²²¹ Idem. p. 4.

²²² BRASIL, 1988. p. 1.

²²³ Idem.

²²⁴ BRASIL, 1988. p. 1.

Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.²²⁵

Os referidos artigos constitucionais tratam da promoção ao combate à pobreza e à defesa da qualidade de vida dos cidadãos, o que indiretamente abarca a alimentação, porque não existe qualidade de vida sem alimentação, e a fome, a falta de alimentação, tem um vínculo direto com a pobreza, uma vez que seu conceito é “a carência cogonal, tipicamente envolvendo as necessidades da vida cotidiana como alimentação, vestuário, alojamento e cuidados de saúde”²²⁶.

No art. 7º, inciso VI, a CF/88 trata dos trabalhadores urbanos e rurais referindo-se ao salário mínimo como sendo capaz de atender à demanda alimentícia do trabalhador e de sua família. No art. 227, é citado o dever da família, do Estado e da sociedade em assegurar, com prioridade, o direito à alimentação à criança, ao adolescente e ao jovem.²²⁷

O direito à alimentação é garantido desde 1992, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais, que foi ratificado nesse ano, dessa feita, existindo uma inter-relação entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA)²²⁸. Em 1999, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas aprovou o Comentário Geral nº 12, destacando que o direito à alimentação adequada somente é consubstanciado quando existe o acesso físico e econômico aos alimentos e meios para a sua aquisição²²⁹.

Outro desdobramento é a promulgação da Lei nº 11.346 de 2006, Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Losan) que propõe a obrigação do Estado de adotar políticas e ações necessárias para a promoção e a garantia da

²²⁵ Idem.

²²⁶ AURÉLIO. **Dicionário**. Disponível em: <<http://www.dicionarioaurelio.com>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

²²⁷ BRASIL, op. cit.

²²⁸ RANGEL, Tauã Lima Verdán. O reconhecimento do direito à alimentação adequada à luz dos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 19, n. 153, out. 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leituraartigo_id=17970revista_caderno=9>. Acesso em: 05 maio 2017. p. 1.

²²⁹ LEIVAS, 2006. p. 117.

segurança nutricional e alimentar, alertando para a necessidade de livrar-se da fome todo o cidadão.²³⁰

Ainda em se tratando de políticas públicas, na esfera infraconstitucional, existe a Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN) proposta pelo Ministério da Saúde apresentando conceitos atualizados sobre alimentação e nutrição.²³¹

3.2.2 O Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA)

O conceito de direitos humanos tem significado similar ao de direito fundamental. Nesse sentido, é relevante clarificar a distinção, se é que existe, entre direitos humanos e direitos fundamentais. Sarlet²³² retrata de maneira interessante, em sua obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, que “não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos”, visto que o beneficiário do direito sempre será um ser humano, mesmo quando representado por entes coletivos.

Quanto à diferenciação dos termos direitos humanos e direitos fundamentais, destaca-se o ensinamento de Canotilho²³³, que retrata que o direito fundamental é um direito humano que foi reconhecido e positivado na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

Os direitos humanos retratam mais a relação com direitos internacionais, remetendo à validade universal, referindo-se a “posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”²³⁴, demonstrando um caráter universal.

Assim, a distinção das expressões reside no grau de reconhecimento do direito pelo ordenamento jurídico pátrio, seja ele nacional ou internacional. O termo direitos humanos surge no século XX e surgiu como um substituto dos termos

²³⁰ BURIT, Valéria *et al.* **Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional**. Brasília: ABRANDH, 2010.

²³¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política nacional de alimentação e nutrição**. Brasília, 2012a. Disponível em: <<http://189.28.128.100/nutricao/docs/geral/pnan2011.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

²³² SARLET, 1998. p. 31.

²³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 538.

²³⁴ SARLET, *op. cit.* p. 31.

anteriormente usados: “direitos naturais” ou “direito do homem”. Dessa feita, o significado de direitos humanos é que constitui um termo de uso comum, mas não categoricamente definido, sendo esses direitos concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve possuir perante uma sociedade ou governo, reivindicações essas reconhecidas como “de direito”, e não apenas por amor, graça ou caridade.²³⁵

Nesse contexto, a expressão “direitos humanos” engloba uma moldura muito maior de direitos que a expressão “direitos fundamentais”, não querendo dizer que essas molduras não se tocam, pelo contrário, a moldura do “direito fundamental” estaria dentro da “moldura direitos humanos”²³⁶.

Na lição de Aith²³⁷, a fundamentalização de um direito humano caminha para duas dimensões: a fundamentabilidade formal e a fundamentabilidade material. A fundamentabilidade formal possui quatro dimensões relevantes, sendo elas: 1) as normas consagradoras de direitos fundamentais são colocadas no grau superior da ordem jurídica; 2) como normas constitucionais, elas são submetidas aos procedimentos agravados de revisão; 3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais, são por vezes levadas a constituir limites materiais da própria revisão; 4) como normas com vínculo aos Poderes Públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos administrativos, legislativos e jurisdicionais.

A fome é a ausência total do direito à alimentação, e a sua principal causa é a pobreza. Nesse propósito, destaca-se o ensinamento de Sen²³⁸, que afirma que a questão da fome no mundo é um problema de titularidade, de economia, ao refletir sobre a relação entre pobreza e fome.

Sendo assim, o direito a uma alimentação mínima está relacionado ao direito de estar protegido da fome e à satisfação biológica da necessidade alimentar devendo-se verificar a multidisciplinaridade e englobar também as dimensões sociais, culturais e econômicas, considerando a alimentação como fundamental à

²³⁵ HENKIN, Louis. **The rights of man today**. Nova York: Columbia University Press, 1988. p. 1-3.

²³⁶ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 183.

²³⁷ Idem. p. 199.

²³⁸ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 3.

vida humana, desperta no interesse social de tipificar a alimentação como um direito legítimo do ser humano de necessidade essencial.²³⁹

Corroborando esse entendimento, Valente retrata que o acesso à alimentação é um direito humano, e particularmente no Brasil, é um direito fundamental que está constituído no próprio direito à vida, e a negação de tal direito humano é a negação da própria vida, o bem mais precioso.²⁴⁰

No âmbito internacional, o direito humano à alimentação adequada é debatido amplamente como parte de direitos fundamentais da humanidade, sendo elencado em diversos Tratados, Pactos e Acordos Internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, em que o Brasil é signatário a partir de 1992. Dessa feita, é latente a preocupação internacional em garantir que as Nações cumpram com a efetivação do direito humano das pessoas poderem se alimentar de maneira adequada.²⁴¹

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos surge na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, em que tipifica o direito à alimentação conforme prescrito em seu artigo XXV diz que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive a alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito a segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.²⁴²

Ainda, percorrendo a legislação internacional que trata da alimentação, encontra-se o PIDESC, adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, mas cuja discussão iniciou-se desde 1952. O Brasil aderiu a esse Pacto em 24 de janeiro de 1992, sendo incorporado à legislação brasileira mediante o Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, conforme é descrito no seu artigo 11:

²³⁹ BEURLEN, 2008. p. 21.

²⁴⁰ VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Relatório brasileiro para a cúpula mundial da alimentação: Roma, novembro 1996. In: DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002. p. 21.

²⁴¹ LISBOA, Renata Cardoso. Direito humano à alimentação adequada. **Revista Eletrônica de Direito**, Belo Horizonte, n. 21, out. 2013. Disponível em: <npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1464>. Acesso em: 17 mar. 2018. p. 2.

²⁴² ONU. Organizações das Nações Unidas do Brasil. **Humanos, declaração universal dos direitos**. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 1.

Conseqüentemente, a falta de alimentação adequada causa prejuízo no desenvolvimento físico e mental do ser humano, diminuindo sua qualidade de vida, implicando uma diminuição no seu desempenho, em crianças impactando o aumento da evasão escolar, o que acarreta um futuro pouco promissor, de condições precárias de trabalho e remuneração. Assim, tais conseqüências caracterizam a violação do DHAA e a situação de Insegurança Alimentar e Nutricional.²⁴⁷

Existe a necessidade de garantir o direito fundamental à alimentação desenvolvendo-o de forma conjunta com o direito à nutrição, pois a alimentação correta está diretamente ligada à nutrição e à saúde, majorando a sua medida de dignidade e o reconhecimento como sujeito de direitos.²⁴⁸

Como se denota, o DHAA é sempre violado quando pessoas, grupos ou comunidades vivem em situação de fome por não terem acesso a alimentos em quantidade e também em qualidade, particularmente visando atender às necessidades nutricionais do organismo.²⁴⁹

Para a efetivação do DHAA, faz-se necessária a promoção de diversos setores, que vão desde a alimentação escolar, agricultura familiar, políticas de abastecimento da reforma agrária, incentivo a práticas agroecológicas, abastecimento básico de água e esgoto, vigilância sanitária, atendimento pré-natal, dentre outros.²⁵⁰

Cumpra-se asseverar que, para a efetivação do DHAA, existem as ações de segurança alimentar (SAN), caracterizadas por formular políticas públicas, articulando entre o governo e a sociedade, dentre elas a de respeitar, proteger, prover, monitorar, fiscalizar, informar e avaliar a realização do DHAA para garantir a sua realização.²⁵¹

²⁴⁶ IDEIAS na mesa. **Educação alimentar e nutricional**: uma estratégia para a promoção do direito humano à alimentação adequada. Brasília: Ministério do Desenvolvimento social e Combate à Fome, 2014. p. 7.

²⁴⁷ ERHARDT, Caroline. **O direito humano à alimentação adequada como direito fundamental**. Curitiba: Editora da PUC/PR, 2015. p. 3.

²⁴⁸ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 34.

²⁴⁹ IDEIAS, op. cit. p. 7.

²⁵⁰ BURITY *et al.*, 2010.

²⁵¹ CONSEA. Conselho Nacional de Segurança Alimentar. **Indicadores e monitoramento da Constituição Federal de 1988 aos dias atuais**. A segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada no Brasil. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

Nesse sentido, “a alimentação nutricionalmente adequada é um direito do cidadão, e a garantia da segurança alimentar, um dever do Estado”²⁵², sendo especificado tal direito com a Lei Orgânica Alimentar e Nutricional, que será abordada profundamente mais adiante.

Assim, o DHAA atinge seu ápice quando o direito à alimentação passa a constar diretamente na Constituição Federal ao ser incluído no rol dos direitos fundamentais sociais, tipificado no art. 6º, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010.²⁵³

Nesse sentido, a alimentação deve atender a uma tríade de características para a sua consecução, sendo elas: disponibilidade, acessibilidade e adequação. A disponibilidade é a oferta obtida dos recursos naturais, por produção de alimentos, pelo cultivo da terra, pela pesca, caça ou coleta, dentre outros. A acessibilidade retrata a possibilidade de obter o alimento por meio do acesso econômico e físico aos alimentos em quantidade, variedade e qualidade²⁵⁴. Por fim, a adequação é compreendida como um direito a um alimento seguro, saudável, em qualidade e quantidade suficientes, culturalmente aceito pela sociedade, obtido de forma sustentável, sem prejudicar a implementação de outros direitos para as gerações vindouras²⁵⁵.

Por derradeiro, o Estado deve procurar atender ao máximo de fornecimento de alimentos quando possível, porém, nunca se deve omitir de possibilitar a manutenção do “nível mínimo”, sempre procurando chegar a uma condição de atendimento ideal²⁵⁶. Dessa feita, registra-se que existe uma limitação do âmbito de proteção do direito à alimentação, acreditando-se que não deva ser fornecido de maneira indiscriminada, mas que nos casos de alimentos especiais o fornecimento pedido é o nível mínimo, o núcleo duro do direito à alimentação adequada, necessário para a sobrevivência e nutrição dos pacientes acometidos pelas respectivas doenças da pesquisa²⁵⁷.

²⁵² GALEAZZI, Maria Antonia Martins; DOMENE, Semiramis M. Alvares; SICHIERI, Rosely. Estudo multicêntrico sobre consumo alimentar. **Cad Debate**, n. especial, 1997.p. 134.

²⁵³ CONSEA, op. cit.

²⁵⁴ RANGEL, 2016.

²⁵⁵ BEURLEN, 2008.

²⁵⁶ FREITAS, Daniela Milanez. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de Direito Administrativo**, v. 237, 2004. p. 197-222.

²⁵⁷ HEIMBURG, 2014. p. 116.

3.2.3 As políticas públicas abrangentes

As políticas públicas referentes à alimentação surgem desde 1976, quando da criação do Programa Nacional de Alimentação e Nutrição (Pronan), que tinha os objetivos: de atuar na suplementação alimentar a diversos grupos da população; a racionalização do sistema de produção de alimentos com prioridade ao pequeno produtor; e o combate às carências nutricionais apoiado em medidas de natureza técnica e tecnológica de alimentos. Nesse Programa, existiam o Projeto de Aquisição de Alimentos em Áreas de Baixa Renda (Procab), que viabilizava a pequena produção por meio de canais de comercialização; e o Programa de Abastecimento de Alimentos Básicos em Áreas de Baixa Renda (Proab), que subsidiava os pequenos varejistas ao adquirirem seus produtos pela Companhia de Alimentos (Cobal).²⁵⁸

Em 1992, são desenvolvidos novos programas importantes como: o Programa Nacional de Incentivo ao Aleitamento Materno, os Programas de Combate a Carências Nutricionais (Bócio, Anemia e Hipovitaminose A), Programa Nacional de Controle de Doenças Diarreicas e o Sistema de Vigilância Alimentar e Nutricional.

Após um bom tempo de recessão e diminuição significativa das políticas públicas de alimentação na década dos anos 90, entidades e movimentos sociais criaram o Movimento “Ação da Cidadania Contra a Fome, a Miséria e pela Vida”, liderado por Betinho, o Herbert José de Souza, o que despertou uma pauta governamental para o combate à fome e à miséria, criando-se o Conselho Nacional de Segurança Alimentar (Consea).²⁵⁹

Porém, apesar dos avanços na área de segurança alimentar, em 1995, o Consea é extinto, esvaziando a discussão sobre fome e políticas de SAN, permanecendo apenas na área da saúde, por meio da Área Técnica de Alimentação

²⁵⁸ CONSEA, 2010. p. 178.

²⁵⁹ PINHEIRO, A. **Reflexões sobre o processo histórico e político de construção da lei orgânica de segurança alimentar e nutricional**: segurança alimentar e nutricional. São Paulo: Campinas, 2008. p. 8.

e Nutrição, que foi um dos responsáveis pela formulação da Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN) em 1999.²⁶⁰

A PNAN constituiu a primeira política setorial a explicitar o direito humano à alimentação adequada e à segurança alimentar e nutricional, expandindo o foco da política do público materno-infantil para toda a população, além das interfaces setoriais e intersetoriais, sendo realmente o centro do objetivo social da saúde e da nutrição.²⁶¹

No que tange às políticas de prevenção e controle dos distúrbios e das doenças associadas à alimentação e nutrição, existe uma diretriz compreendida por ações ao combate às carências de micronutrientes, como a anemia, a hipovitaminose A, suplementação de ferro e fortificação de alimentos.

Assim, a Lei Orgânica Alimentar e Nutricional trata-se de um marco importante para a evolução das políticas nutricionais merecendo um estudo com mais profundidade.

3.2.3.1 A Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Losan)

O Brasil, verificando que a legislação nacional estava deficitária na década de 90, analisou a importância de tratar a questão do direito à alimentação com a segurança alimentar e com o aspecto nutricional dos alimentos, destacando as questões relativas à qualidade sanitária, biológica, nutricional e cultural dos alimentos e das refeições individuais e coletivas. Dessa feita, em 2006, passa a vigorar a lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional trazendo um avanço para a exigibilidade ao direito à alimentação.²⁶²

A Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional propõe que a segurança alimentar e nutricional esteja escorada sobre dois princípios: o princípio dos direitos humanos à alimentação adequada; e a soberania alimentar, com a finalidade de orientar as estratégias de desenvolvimento no Brasil, assim como o planejamento e execução de políticas públicas para atender aos objetivos propostos na lei para

²⁶⁰ CONSEA, 2010. p. 179.

²⁶¹ Idem.

²⁶² ERHARDT, 2015. p. 5.

Nessa seara, a Losan destaca em seu corpo a obrigação do poder público de garantir a exigibilidade do direito à alimentação, conforme prescreve seu art. 2º: “é dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade”²⁶⁷. Pode-se, então, concluir que a Lei outorga ao Judiciário poder para garantir a sua exigibilidade, lembrando que tal lei foi elaborada pelo Poder Legislativo, denominados representantes do povo.

No que se trata de exigibilidade, o DHAA pode ser exigido por meio de instrumentos na esfera administrativa, na esfera política, na esfera extrajudicial e na esfera judicial.²⁶⁸

Na esfera administrativa, o pleito deve ser encaminhado aos organismos públicos diretamente responsáveis por garantir o direito à alimentação como postos de saúde, escolas, postos de previdência social, dentre outros. Convém ressaltar que existem programas específicos realizando rotinas e postulados como o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), o Programa Bolsa Família (PBF) e a Estratégia de Saúde da Família (ESF)²⁶⁹. Existem ainda organizações da sociedade civil que se relacionam diretamente com ações pela garantia do DHAA como, por exemplo: o Comitê Nacional de Implementação do Direito Humano à Alimentação Adequada (COMIDha); a Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos (ABRANDH); a Rede de Informação e Ação pelo direito a se alimentar (Fian); o Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc); e o Fórum de Entidade Nacionais de Direitos Humanos (FENDH)²⁷⁰.

Na esfera política, a exigibilidade pode advir frente às Comissões Federais, como a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, do Senado Federal, e a Comissão de Direitos Humanos e Minorias, da Câmara dos Deputados. Ainda, existe a possibilidade de solicitação aos Conselhos, que contam com a participação de representantes da sociedade civil, como o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea), Conselho de Alimentação Escolar

²⁶⁷ BRASIL, 2006.

²⁶⁸ BURITY *et al.*, 2010. p. 18.

²⁶⁹ *Idem.*

²⁷⁰ ERHARDT, 2015. p. 6.

(CAE), Conselho Nacional de Saúde (CNS), Conselho Nacional de Assistência Social (Conas), dentre outros.²⁷¹

Outra possibilidade de exigir foi aqui denominada extrajudicial, pois refere-se ao Ministério Público, que como órgão fiscal da lei, possui instrumentos de averiguação que podem solucionar os problemas antes da esfera judicial propriamente dita, seja empregando o inquérito civil ou realizando um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). O inquérito civil é um procedimento administrativo de investigação de denúncias sobre violações de direitos que reúne informações para fundamentar o Ministério Público (MP) na impetração de ação perante o Poder Judiciário. O Termo de Ajustamento de Conduta é um documento elaborado pelas autoridades envolvidas, que se comprometem a ajustar sua conduta aos preceitos legais, dentro de um determinado prazo, sendo assinado por ambas as partes.²⁷²

A exigibilidade judicial é a possibilidade de exigência perante o Poder Judiciário de que se confirme a realização de direitos, o que normalmente ocorre por uma Ação Civil Pública.²⁷³

Por derradeiro, ainda existe a possibilidade de exigibilidade de direitos no âmbito internacional, ocorrendo quando não existe uma resposta condizente, ou em tempo, pelo Poder Judiciário, ou não se alcance a reparação pretendida em nível nacional, devendo ser realizada por meio de denúncia individual ou mediante apresentação de relatórios e investigações.²⁷⁴

3.2.3.2 A Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN)

A Política Nacional de Alimentação e nutrição foi aprovada em 1999 pelo interesse do Estado em promover o direito humano à alimentação e nutrição, justamente pelo esforço do Departamento de Atenção Básica, subordinado à Secretaria de Atenção à Saúde, integrante do Ministério da Saúde, órgão responsável por realizar as atualizações na PNAN. A PNAN alçou um novo patamar

²⁷¹ LISBOA, 2013. p. 5.

²⁷² BURITY *et al.*, 2010. p. 20.

²⁷³ *Idem.*

²⁷⁴ NASCIMENTO, Renato Carvalheira do *et al.* **Avanços e desafios da implementação do direito humano à alimentação adequada no Brasil**: relatório técnico. Brasília; Rio de Janeiro: ABRANDH; CERESAN; FAO-RLC/ALCSH, 2009.

com a criação da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan), sendo um dos seus objetivos melhorar as condições de alimentação e nutrição com a prevenção e o cuidado dos “agravados relacionados à alimentação e nutrição”²⁷⁵.

Importante frisar a Gestão das Ações de Alimentação e Nutrição, que obriga os gestores do SUS a promover a implantação da PNAN, estabelecendo como prioridade a “aquisição e distribuição de insumos para a prevenção e tratamento de carências nutricionais específicas”²⁷⁶. Assim sendo, é notória a objeção da ideia de que a Política Nacional de Alimentação e Nutrição seja apenas uma carta de intenções. A PNAN constituiu a primeira política setorial a defender o direito humano à alimentação adequada e a segurança alimentar e nutricional, expandindo o seu foco em ações de alimentação e nutrição, indicando as suas interfaces setoriais e intersetoriais e assumindo a centralidade dos determinante sociais da saúde e da nutrição.²⁷⁷

A edição mais recente da PNAN é de 2011, integrando esforços por meio de um conjunto de políticas públicas, que propõe proteger, promover e prover os direitos humanos à saúde e alimentação. Na edição atual, a PNAN apresenta-se com a intenção de melhorar as condições de alimentação, nutrição e saúde, com foco na garantia da segurança alimentar e nutricional, sendo organizada em diretrizes que abrangem a atenção nutricional no Sistema Único de Saúde com o propósito de vigilância, promoção, prevenção e cuidado integral de agravos relacionados à alimentação e nutrição, procurando integrar as atividades com as demais ações de saúde nas redes de atenção.²⁷⁸

Antigamente, existia o processo de descentralização dos recursos de atenção básica à saúde, e a PNAN criou as transferências denominadas fundo a fundo adicionais para fins específicos, entre as quais o Incentivo de Combate a Carências Nutricionais (ICCN), voltado para o combate à desnutrição, porém, somente em

²⁷⁵ BRASIL, 2006. p. 1.

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ CONSEA, 2010. p. 179.

²⁷⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política nacional de alimentação e nutrição**. 1. ed. 1. reimpr. Brasília, 2013. p. 7.

1999 ocorreu de fato o processo de institucionalização da área da alimentação e nutrição do SUS.²⁷⁹

Passou-se, então, que somente em 2001 foi criado o Programa Bolsa-Alimentação, no âmbito da saúde, que veio para substituir o ICCN, condicionando a transferência de recursos para as famílias em contrapartida do acompanhamento do crescimento e desenvolvimento e imunizações das crianças e acompanhamento pré-natal das gestantes aderentes do Programa.²⁸⁰

A leitura da PNAN confirma que o direito à alimentação está interligado ao direito à saúde, visto que a PNAN foi confeccionada pelo Ministério da Saúde e em diversos pontos da referida Política é citada essa interface entre alimentação e saúde, conforme alguns pontos destacados: “nesta nova edição, a Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN) apresenta-se com o propósito de melhorar as condições de alimentação, nutrição e saúde, em busca da garantia da Segurança Alimentar e Nutricional da população brasileira”²⁸¹. Afirma ainda que ela “está organizada, também, em diretrizes que abrangem o escopo da atenção nutricional no Sistema Único de Saúde com foco na vigilância, promoção, prevenção e cuidado integral de agravos relacionados à alimentação e nutrição”²⁸²; cujas atividades estão integradas às demais ações de saúde nas redes de atenção, tendo a Atenção Básica como ordenadora das ações.

A PNAN tem por pressupostos os direitos à Saúde e à Alimentação sendo orientada pelos princípios doutrinários e organizativos do Sistema Único de Saúde, como a universalidade, integralidade, equidade, descentralização, regionalização e hierarquização e participação popular.²⁸³

Porém, Pinheiro²⁸⁴ adverte, ao criticar a PNAN, que mesmo sendo voltada para o conjunto da sociedade, seus principais programas e ações atualmente estão focados em casos seletivos, como o Programa de Controle de Anemia Ferroptiva, dentre outros, tendo como pré-requisito a participação de grupos específicos, como

²⁷⁹ JACCOUD, Luciana; HADJAB, Patrícia Dario El-Moor; CHAIBUB, Juliana Rochet. **Assistência social e segurança alimentar**: entre novas trajetórias, velhas agendas e recentes desafios (1988-2008). 2009. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4350>>. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 1.

²⁸⁰ CONSEA, 2010. p. 180.

²⁸¹ BRASIL, 2013. p. 7-22.

²⁸² Idem.

²⁸³ BRASIL, 2013. p. 7-22.

²⁸⁴ PINHEIRO, 2008. p. 6.

por exemplo, gestantes, crianças e participantes de programas de transferência de renda.

Tal argumento comprova-se ao analisar a PNAN, que possui um capítulo específico denominado “prevenção e controle de distúrbios nutricionais e das doenças associadas à alimentação e nutrição”²⁸⁵, que compreende somente os seguintes itens: de ações de combate às carências de micronutrientes, à anemia por deficiência de ferro, à hipovitaminose A, prevenção à obesidade, estratégia da Saúde da Família e imunizações. Não aborda em momento algum as questões dos alimentos para fins especiais como os leites especiais e a fórmula de aminoácidos, por exemplo.

Outro ponto a ser considerado pela PNAN é que esta expressa em seu conteúdo a necessidade de normatização dos critérios para o acesso aos alimentos para fins especiais conforme se transcreve: “embora a Atenção Básica seja a porta preferencial de entrada dos usuários no sistema de saúde, as demandas para a atenção nutricional podem ser identificadas em outros pontos da Rede de Atenção à Saúde”²⁸⁶. Dessarte, “a atenção nutricional nos demais pontos de atenção à saúde também deve ser realizada dentro de uma rede integrada de cuidados de forma transversal a outras políticas específicas e com a participação de equipes multidisciplinares”, devendo sempre respeitar as atividades particulares dos profissionais que as compõem, assim como na Atenção Básica. Por isso, “faz-se necessária a elaboração de protocolos, manuais e normas técnicas que orientem a organização dos cuidados relativos à alimentação e nutrição na Rede de Atenção à Saúde”. Por fim, “deverão ainda ser normatizados os critérios para o acesso a alimentos para fins especiais de modo a promover a equidade e a regulação no acesso a esses produtos”²⁸⁷.

Atualmente, o que existe nesse sentido são os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) do Ministério da Saúde em que se registram os critérios e exames para concretização do atendimento a diversas doenças, dentre

²⁸⁵ CONSEA, 2010. p. 188-190.

²⁸⁶ BRASIL, op. cit. p. 29-30.

²⁸⁷ BRASIL, 2013. p. 29-30.

elas a doença celíaca, mas não contemplam a APLV, tampouco a fenilcetonúria, dentre outras.²⁸⁸

Por derradeiro, ao verificar o conteúdo da Losan e da PNAN, conclui-se que o fornecimento de alimentos para fins especiais é desenvolvido pelo Ministério da Saúde, pelo envolvimento direto do SUS e de maneira intersetorial. Para tanto, esta pesquisa adentrará no estudo detalhado do direito à saúde e particularmente do SUS e de suas políticas públicas abrangentes para aprofundar o entendimento sobre como se procede ao fornecimento de alimentos especiais e de medicamentos.

3.3 A ALIMENTAÇÃO ESPECIAL GARANTIDA PELO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Alimentação para fins especiais é um direito que deve ser exercido por meio de políticas sociais e econômicas desenvolvidas pelo Estado na perspectiva de atender por ações preventivas ou por meio da promoção da saúde. A saúde como ferramenta garantidora do direito à alimentação especial deve ser estudada de forma específica, analisando-se sua conceituação, seu direito, suas peculiaridades, como efetivá-las e quais são as políticas públicas que atendam à demanda.

O Ministério da Saúde possui duas diretrizes que norteiam a PNAN constituindo-se da Organização da Atenção Nutricional e da Promoção da Alimentação Adequada e Saudável.²⁸⁹

A Organização da Atenção Nutricional é a responsável por determinar a elaboração de protocolos, manuais e normas técnicas que orientem a organização dos cuidados relativos à alimentação e nutrição na rede de atenção à saúde, à prevenção, ao diagnóstico e tratamento de agravos, devendo trabalhar associada às demais ações de atenção à saúde.²⁹⁰

A Promoção da Alimentação Adequada e Saudável (PAAS) tem a finalidade de apoiar os estados e municípios no desenvolvimento da promoção e proteção da saúde, possibilitando à população um pleno potencial de crescimento e desenvolvimento, com qualidade de vida e cidadania, refletindo a preocupação das

²⁸⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas**. Brasília, 2010.

²⁸⁹ BRASIL, op. cit.

²⁹⁰ BRASIL, 2013.

carências nutricionais específicas, a desnutrição e as doenças crônicas, além de contemplar as necessidades alimentares especiais, tais como a doença falciforme, hipertensão, câncer, doença celíaca, diabetes, dentre outras.²⁹¹

Assim, a fim de entender a extensão do direito fundamental à saúde, é imperioso estudar o seu conceito, analisar as políticas públicas existentes e verificar se atendem às demandas de alimentos especiais.

3.3.1 Fundamentação teórica: conceito, tipificação e efetivação

Inicialmente, é preciso considerar que a saúde vem sendo estudada desde os primórdios da história da humanidade, mas se destaca a metade do século XX, época em que o mundo se encontrava em plena revolução industrial, quando surgiram duas correntes importantes sobre o conceito de saúde. A primeira corrente afirmava que a saúde era diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. A segunda corrente afirmava que saúde é a ausência de doença.²⁹²

Sobreleva notar que a saúde é um conceito complexo, visto que se modifica com o passar dos tempos, em função das mudanças de paradigmas da sociedade. Schwartz retrata que a saúde era inicialmente a preservação da capacidade do trabalhador com o intuito de não prejudicar a produção da riqueza. Destacava ainda que a doença era causada por certa desobediência da lei divina motivada por um pecado.²⁹³

Assim, com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), organização internacional que realiza as Conferências Mundiais de Saúde, que conta com a participação de quase todos os países, apresenta-se o conceito de saúde no preâmbulo da sua Constituição de 1946: “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença”²⁹⁴. Nesse ponto, é chancelada

²⁹¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Promoção da saúde e da alimentação adequada e saudável**. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_promocao_da_saude.php>. Acesso em: 14 fev. 2018. p. 1.

²⁹² DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, v. 22, 1988. p. 4.

²⁹³ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32.

²⁹⁴ WHO. World Health Organization. **Constituição da organização mundial da saúde (OMS/WHO)**. Genebra, 1946. p. 2011.

a aceitação da influência decisiva do meio sobre a saúde, o que causou certos questionamentos, alegando-se que esse conceito de saúde estaria muito perto do conceito de felicidade, e que isso era inatingível. Dejours²⁹⁵ critica, posteriormente, afirmando que o estado de completo bem-estar não existe, mas que a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado.

Nessa ótica, o conceito de saúde muito aberto e genérico é questionado por Santos, que afirma que tal conceito necessita de reparos por ter a finalidade de “trazer o paraíso à terra”, acreditando ser extremamente fora da realidade e do real atendimento de todas as demandas.²⁹⁶

De outra banda, para Sampaio²⁹⁷, a saúde é o estado completo de bem-estar físico, mental e social, sendo um direito humano fundamental, com dimensão individual e coletiva, frente ao Estado e ao indivíduo, interdependente dos demais direitos fundamentais, garantidos na Constituição.

Nesse caminho, Bianchi²⁹⁸ divide a saúde em duas vertentes distintas: a vertente curativa, que entende que a medicina age com a finalidade curativa da doença; e a vertente preventiva, que afirma que deve existir a finalidade de evitar que a doença se instale no organismo agindo de maneira profilática.

Uma definição mais operacional e funcional de saúde é abordada por Lugo²⁹⁹, que define o bem jurídico saúde como sendo uma equilibrada e adequada condição dinâmica da natureza biológica da pessoa, objetivamente comprovável, moralmente aceitável, socialmente consensuada, que se poderia manter em certas condições, vulnerável a determinados fatores e potencialmente garantido e recuperável, mediante o uso de uma determinada técnica e, enquanto tal, exigível juridicamente.

Após essa breve reflexão sobre a saúde, passa-se a estudar o que é o direito à saúde. O direito à saúde pode conter aspectos individuais e sociais. O aspecto

²⁹⁵ DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 14, n. 54, 1986. p. 7-11.

²⁹⁶ SANTOS, Lenir. **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 3.

²⁹⁷ SAMPAIO, Nícia Regina. **A saúde como direito fundamental no estado social de direito**. 2003. 89f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003. Disponível em: <http://mpes.gov.br/conteudo/centralapoio/conteudo5.asp?cod_arquivo=39&cod_centro=6>. Acesso em: 23 ago. 2017. p. 5.

²⁹⁸ BIANCHI, 2012. p. 81.

²⁹⁹ LUGO, VictorCurrea. **La salud como derecho humano**. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005. p. 9.

individual privilegia a liberdade, no sentido de que as pessoas são livres para escolher o tipo de vida que pretendem levar, suas condições de trabalho, o tipo de tratamento médico a ser recebido, a opção do médico aplicar o tratamento que melhor entender para o caso, escolhendo entre as alternativas existente a mais adequada. No aspecto social, o direito à saúde privilegia a igualdade, disponibilizando a todos o mesmo tratamento e possibilidades.³⁰⁰

No Brasil, a tipificação do direito à saúde está esculpido na Constituição Federal, como um direito social, no art. 6º da CF/88: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, [...]”³⁰¹; e é dever do Estado promover, proteger e recuperar a saúde, com políticas públicas (sociais e econômicas) conforme consta no seu artigo 196:

A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.³⁰²

Nesse caminho, a Constituição determina no art. 197 (CF/88) que cabe ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde. Assim, visando atender a tal dispositivo constitucional é criada a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. A referida lei estabelece em seu artigo 2º que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”³⁰³, e conseqüentemente retrata ainda, em seu §1º, o dever do Estado de garantir a saúde na formulação e execução de políticas econômicas e sociais para reduzir os riscos de doenças e de outros agravos, estabelecendo condições de acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A efetivação do direito à saúde no Brasil é realizada por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme estabelecido pela Constituição Federal, em que

³⁰⁰ DALLARI, 1988. p. 3.

³⁰¹ BRASIL, 1988. p. 1.

³⁰² Idem.

³⁰³ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990a. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017. p. 1.

constam os princípios e diretrizes, conforme preconizados nos artigos 196 a 200, que norteiam o direito à saúde, sendo eles: os princípios da unidade, hierarquização, descentralização, regionalização, integridade e a participação da comunidade.³⁰⁴

O princípio da unidade significa que o sistema de saúde brasileiro é único, ou seja, os serviços de saúde devem ser aplicados e geridos sob o mesmo mantra das políticas, diretrizes, comando e finanças.³⁰⁵

O princípio da hierarquização permite a divisão de verbas e um serviço mais propício para determinada população brasileira, tendo em vista a grande dimensão do território. Assim, dividem-se as tarefas e responsabilidades entre os órgãos federais, estaduais e municipais.³⁰⁶

Os princípios da descentralização e regionalização caminham juntos, visto que tais conceitos visam atender às peculiaridades e características diferentes de cada região do Brasil, satisfazendo as Diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS), e uma das reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária. O Brasil possui a característica de estrutura de terceiro nível, a municipalização, principal forma de densificação desses dois princípios.³⁰⁷

O princípio da integralidade obriga o atendimento em qualquer parte do território brasileiro e uma cobertura ampla, garantidos pela eficácia e segurança, determinando a prioridade das atividades preventivas, como ações de vigilância sanitária, bem como saneamento básico e a garantia de um ambiente sadio e equilibrado.³⁰⁸

Dessa forma, o correto entendimento dos princípios da saúde é fundamental para que se possa delimitar a exigência do direito à saúde no âmbito do SUS. Para tanto, serão aprofundados três princípios destacados para análise: o princípio da universalidade, da integralidade e da solidariedade entre os entes federativos.

O princípio da universalidade do acesso ao SUS, conforme tipificado nos artigos 194 e 196 da Constituição Federal trata da dimensão subjetiva do direito à saúde, devendo ser interpretado como um direito de todos, independentemente de

³⁰⁴ SARLET; FIGUEREDO, 2008. p. 139.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Idem.

³⁰⁷ Idem.

³⁰⁸ SARLET; FIGUEREDO, 2008. p. 139.

classe social, origem ou raça³⁰⁹. Esse princípio abarca uma instigante questão relacionada com a possibilidade de estrangeiros não residentes no Brasil usufruírem do atendimento e inclusive do fornecimento de medicamentos pelos SUS, conforme consta no art. 5º da CF/88, que traz previsão expressa dos direitos fundamentais apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Particularmente, essa situação é mais frequente nas cidades fronteiriças³¹⁰.

Nessa situação específica, o Supremo Tribunal Federal reconheceu no HC 102041 ED/SP, de relatoria do Min. Celso de Mello, de 15 de fevereiro de 2011, que os direitos fundamentais de primeira dimensão são passíveis de serem exercidos pelos estrangeiros não residentes no Brasil, porém, no que tange aos direitos sociais, a matéria ainda não foi julgada, e recebeu o reconhecimento de repercussão geral pela discussão da possibilidade de estrangeiro ilegal adentrar o País e receber ainda o benefício assistencial.³¹¹

Para Arango³¹², não existe entrave constitucional a que os direitos sociais, como o direito à saúde, sejam aplicados aos brasileiros e aos estrangeiros indistintamente, afinal, para o autor, o direito à saúde deve ser prestado, prioritariamente, de maneira coletiva, sendo o princípio da universalidade um limitador nesse sentido, somente podendo ser negado em casos concretos após a ponderação e correta fundamentação.

O princípio da solidariedade entre os entes federativos, União, Estado e Municípios, entende que todos devem contribuir para o direito à saúde. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 822882/MG, definiu que o fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles isoladamente ou em conjunto (AI nº 822882 AgR/MR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 06.08.2014). Assim sendo, a autoridade judicial determinando o fornecimento de

³⁰⁹ DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde pública e seus limites constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 53.

³¹⁰ GIOVANELLA, Lígia. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do MERCOSUL na perspectiva dos secretários de saúde. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, suplemento 2, 2007. p. S251-S226.

³¹¹ ARAUJO, 2015. p. 100.

³¹² ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005. p. 68.

medicamento/alimento especial, “nenhum dos entes federativos poderá alegar benefício de ordem ou exclusão de responsabilidade”³¹³.

Sobre o princípio da solidariedade, no que concerne à promoção da saúde pública, a Constituição Federal não delimitou a competência administrativa detalhando cada um dos entes, apenas estipulou as diretrizes para nortear a divisão das atribuições, art. 30, inciso VII e art. 198 da CF/88, estipulando ao legislador infraconstitucional essa atribuição.³¹⁴

A Lei nº 8.080/90 e as Portarias do Ministério da Saúde nº 3916/98, nº 373/02 e nº 399/06 retratam a divisão das responsabilidades, destacando aos municípios a obrigação de fornecer medicamentos de atenção básica. Aos Estados e à União, detalha a atuação de maneira suplementar aos municípios na atenção básica e no fornecimento de medicamentos de doenças mais complexas, segundo critérios devidamente preestabelecidos.

Destaca-se importante tese apresentada por Sarmento e Teles³¹⁵ sobre o regime de corresponsabilidade subsidiária, que afirmam que nesse regime cada ente federativo “responde prioritariamente pelo fornecimento das prestações da saúde conforme as responsabilidades atribuídas pelos atos infraconstitucionais que normatizam o SUS”.

O princípio da integralidade está esclarecido no art. 198, inciso II, da CF/88. Para Pinheiro e Mattos³¹⁶, a integralidade é uma postura apta a usar os meios necessários para o fornecimento de medicamentos relativos a doenças simples, médias e complexas, englobando medidas preventivas. Nesse mesmo pensamento, Rios³¹⁷ sustenta que a integralidade do SUS deve ser entendida como a racionalização do sistema de maneira hierarquizada, com a finalidade de articular ações de baixa, média e alta complexidades. Assim sendo, o princípio da integralidade emana de uma diretriz que obriga o Estado a desenvolver políticas

³¹³ ARAUJO, 2015. p. 100.

³¹⁴ BRASIL, 1988. p. 1.

³¹⁵ SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade? In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Orgs.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 127.

³¹⁶ PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araujo de. **Razões públicas para a integralidade em saúde**: o cuidado como valor. Rio de Janeiro: IMS/UERJ; CEPESC; ABRASCO, 2007. p. 3.

³¹⁷ RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, ago. 2009. p. 5.

públicas preventivas e curativas em todos os níveis, incluindo a assistência farmacêutica e suas peculiaridades.

Dworkin³¹⁸ ensina, sob a ótica da teoria do seguro prudente, que o Estado só será responsável por prestações de saúde que o indivíduo na gestão de seu patrimônio conferisse para si mesmo. Ou seja, as pessoas não podem cobrar do Estado aquilo que as pessoas com condições financeiras não ofereceriam para si mesmas.

Por tudo isso, o princípio da integralidade deve ser entendido como a obrigação do Estado de fornecer, através de um planejamento governamental de políticas públicas, somente os medicamentos necessários para a prevenção ou tratamento eficaz de doenças.³¹⁹

Feitas tais considerações, verifica-se que o Direito à Saúde é um direito fundamental, de aplicação imediata, sendo considerado cláusula pétrea, podendo ser um direito de defesa ou um direito do cidadão contra o Estado.

3.3.2 O sistema único de saúde e as políticas públicas de saúde

O SUS é um sistema que foi criado pela CF/88, definido no art. 196 da Carta Magna, abrangendo, de maneira regionalizada e hierarquizada, ações e serviços públicos de saúde, com a participação da sociedade civil e para atender a todos os níveis de complexidade e para todos os cidadãos brasileiros.³²⁰

Assim, com a criação da Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080 de 1990, define-se o Sistema Único de Saúde (SUS), em seu art. 4º, como o “conjunto de ações e serviços prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”³²¹.

O SUS é uma instituição composta de personalidade jurídica pública e privada, complementares entre si, para regular a promoção, proteção e recuperação

³¹⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 431.

³¹⁹ ARAUJO, 2015. p. 104.

³²⁰ BRASIL, 1988. p. 1.

³²¹ Idem, 1990. p. 1.

da saúde da população, que permite a participação complementar do setor privado, conforme autoriza a Carta Magna, no seu art. 199, §1º e § 2º, nas situações em que o setor público não consegue atender às demandas e mediante contratos e convênios, dando prioridade às instituições filantrópicas e sem fins lucrativos.³²²

Nesse sentido, destaca-se que a CF/88 autoriza a participação complementar de órgãos e hospitais privados em prol da saúde do SUS, justificados pela insuficiência dos órgãos públicos, desde que sigam os trâmites por meio de contratos ou convênios firmados, com preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.³²³

Frisa-se que o direito à saúde deve ser aplicado mediante políticas públicas, que devem promover ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde e reduzir os riscos de doenças e outros agravos³²⁴. Em face disso, um conceito de política pública é como sendo uma diretriz produzida para o tratamento ou solução de um problema público, entendido como coletivamente relevante³²⁵.

As políticas públicas são compreendidas como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, Pivetta³²⁶ entende que políticas públicas “são instrumentos de ação do Estado, que pressupõem planejamento e participação popular (direta ou indireta), articulando a atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente traçados”.

Na realidade, o estudo das políticas públicas, sob a égide jurídica, é de aceitação de uma determinada interpenetração entre as searas jurídica e política, conforme Bucci³²⁷ afirma que é preciso “assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública”.

³²² CANUT, Leticia. Uma breve introdução ao SUS para compreensão do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, jul./dez. 2012. p. 196.

³²³ BRASIL, 1988. p. 1.

³²⁴ BRASIL, 1988. p. 1.

³²⁵ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 2.

³²⁶ PIVETTA, 2013. p. 94.

³²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.p. 241.

De igual modo, as políticas públicas podem ser consideradas, conforme Appio³²⁸, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos para garantir-lhes as mesmas condições dignas. Em face disso, destaca-se que as políticas públicas podem ser classificadas, de acordo com a sua natureza, em sociais e econômicas. As sociais relacionam-se a assistência social, educação e saúde.

Oportuno trazer à baila a constatação de Pivetta³²⁹, que afirma que não existe tratamento uniforme sobre a nomenclatura utilizada para o termo “políticas públicas”, constatando que são empregadas indistintivamente, como no Programa Mais Médicos (Lei nº 12.871/13), Programa Minha Casa, Minha Vida (Lei nº 11.977/09), no Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/14), dentre outros.

No que cabe ao SUS, este deve trabalhar com um conjunto de ações e serviços, conforme descrito no art. 4 da Lei nº 8.080, de acordo com o nível crescente de complexidade, determinando para cada ente da federação uma atribuição condizente com seus poderes e limitações (art. 8º, Lei nº 8.080/90). Esse processo é denominado “regionalização”, que é um aperfeiçoamento da descentralização política. A justificativa sobre esse processo encontra abrigo em: 1) na dimensão continental do Brasil; e 2) na diversidade cultural, de raças e credos. A regionalização do SUS determina que cada ente da federação (União, Estado e Municípios) trabalhe de forma integrada e coordenada, organizando a saúde por meio de consensos, obtidos no âmbito de instâncias administrativas, criados para dialogar pelas Comissões Intergestores Tripartites e Bipartites.³³⁰

A prestação de alimentos pelo Estado é realizada por meio da Política Nacional de Saúde (PNS), sendo composta pela Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN), conforme já explicado no capítulo anterior. Porém, o que se destaca é que a PNAN faz parte de uma política do SUS, coordenado pelo Ministério da Saúde, corroborando a tese de que alimentação faz parte da saúde.³³¹

³²⁸ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Jurua, 2005. p. 136.

³²⁹ PIVETTA, op. cit. p. 99.

³³⁰ SANTOS, 2010. p. 33.

³³¹ BRASIL, 2013. p. 1.

Entre as políticas públicas que englobam a PNS e que, de alguma maneira, poderiam atender à demanda de alimentos especiais, estão a Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), a Política Nacional de Promoção da Saúde (PNPS), o Programa Saúde da Família (PSF), o Programa Nacional de Imunizações e o Programa Nacional de Incentivo ao Aleitamento Materno (PNIAM).³³²

3.3.2.1 A Política Nacional de Medicamentos (PNM)

A atual Política Nacional de Fornecimento de Medicamentos no Brasil surgiu em 30 de outubro de 1998, com a promulgação da Portaria nº 3.196 do Ministério da Saúde, com a finalidade de divulgar as políticas públicas do Governo e “orientar o planejamento governamental detalhando os programas e atividades inerentes”.³³³

A sua elaboração foi motivada pelo Sistema Único de Saúde com fulcro no atendimento aos cidadãos necessitados de medicamentos essenciais e à prestação integral, sendo uma das primeiras políticas na área da saúde regulamentada no Brasil.³³⁴

A Política Nacional de Medicamentos foi criada pela Portaria Técnica do Gabinete do Ministro da Saúde PT/GM/MS nº 3.196/98. Essa demanda já vinha sendo pleiteada desde 1975, quando a Organização Mundial da Saúde cobrou dos Estados a adoção de uma política pública de assistência farmacêutica, tendo sido verificado pela OMS que um terço da população não possuía acesso aos medicamentos essenciais.³³⁵

Oportuno mencionar que a PNM procurou concretizar o direito à saúde, buscando seguir as recomendações da Organização Mundial da Saúde. Sua estrutura está escorada na Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), criada pela Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) nº 338/04. Nessa quadra, A PNM tratou de conceituar os termos relativos aos medicamentos para

³³² Idem, 1990a. p. 1.

³³³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Política nacional de promoção da saúde**. 3. ed. Brasília, 2010a. p. 1.

³³⁴ SOUZA, AutalselinaStephan de *et al.* Política de medicamentos: da universalidade de direitos aos limites da operacionalidade. **Revista de Saúde Coletiva**, v. 19, n. 4, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S0103-73312009000400011>. Acesso em: 07 fev. 2018. p. 1111-1125.

³³⁵ BIANCHI, 2012. p. 112.

evitar o emprego indevido dos corretos significados, como o medicamento que é “produto farmacêutico com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico”; os medicamentos de uso contínuo que “são aqueles empregados no tratamento de doenças crônicas e/ou degenerativas, utilizados continuamente”, e o fármaco que “é a substância química que é o princípio ativo do medicamento”³³⁶.

Traz à baila a definição de medicamento de alto custo, que, conforme Gandini, Barione e Souza³³⁷, são aqueles cujo valor unitário mensal esteja acima de um salário mínimo. Nessa situação, pode-se incluir o produto Neocate®, um leite especial muito solicitado judicialmente para a alergia à proteína do leite de vaca, pois o custo de uma lata do produto chega a atingir duzentos reais, e uma dieta exclusiva com esse alimento atinge o numerário de 20 latas mensais, atingindo o valor de quase quatro mil reais.

Legalmente, a conceituação de medicamento é de competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). A ANVISA conceitua medicamento na Lei nº 5.991/73, em que afirma que medicamento é o produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico.³³⁸

A definição empregada pela PNM ao medicamento retrata a finalidade profilática, uma característica dos leites especiais para os portadores de APLV, e ainda, a definição de medicamento de uso contínuo enquadra-se perfeitamente no uso de leites especiais para o tratamento das referidas enfermidades. Assim, de maneira *prima facie*, pode empregar o termo alimento especial como medicamento.

A Organização Mundial de Saúde apresenta o medicamento como “toda substância ou associação de substâncias contidas em um produto farmacêutico empregado para modificar ou explorar sistemas fisiológicos ou estados patológicos em benefício da pessoa a que se administra”³³⁹.

³³⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política nacional de medicamentos**. Brasília, 2001.

³³⁷ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. **Academia Brasileira de Direito [online]**, São Paulo, fev. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/16694>>. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 1.

³³⁸ BRASIL, 1973. p. 1.

³³⁹ WHO, 1946. p. 1.

Verifica-se que a ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, conforme art. 4º, inciso II, da Lei 5.991/73, define medicamento como um produto farmacêutico, tecnicamente elaborado ou obtido, com finalidade profilática, curativa ou paliativa em prol do benefício da pessoa.³⁴⁰

Após o estudo dos conceitos de medicamentos pela legislação nacional, verifica-se que todos referem-se ao medicamento com o propósito de tratar uma doença. Essa delimitação conceitual e prática de determinados medicamentos é criticada por Santos, que entende que a delimitação de um número restrito de fármacos pela relação Nacional de Medicamentos (Rename) e exclusão de alguns medicamentos da relação, essa padronização não pode ser fonte de preterição do direito à atenção adequada, pois para a efetivação do direito à atenção adequada é fundamental que os serviços de saúde sejam organizados para satisfazer todas as demandas de atendimento distintas das fixadas em protocolo, e não somente dos casos de massa, e critica também que “os protocolos devem ser fixados por critérios técnicos e lastreados em evidências de eficiência e resolutividade”³⁴¹.

Um adendo, a RENAME é uma ferramenta de racionalização de medicamentos, formada pelos nomes dos princípios ativos aprovados e registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), sendo o nome do princípio ativo representado pela Denominação Comum Brasileira (DCB), permitindo uma maior disposição variada para a aquisição de medicamentos na iniciativa privada, evitando o favorecimento de determinadas marcas de laboratórios.³⁴²

Dessa feita, destaca-se a reflexão de Araujo³⁴³ de que o critério usado para um produto ser considerado medicamento é estar associado a um princípio ativo representado pela DCB, excluindo-se itens como fraldas e leites, considerados, respectivamente, produtos de higiene e alimento. Sobre esse assunto, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisões que solicitavam fraldas aos entes federativos não reconhecendo a obrigatoriedade do fornecimento, devido ao não enquadramento do produto solicitado como medicamento.

³⁴⁰ BRASIL, op. cit. p. 1.

³⁴¹ SANTOS, 2010. p. 223.

³⁴² BIANCHI, 2012. p. 182.

³⁴³ ARAUJO, 2015. p. 106.

3.3.2.2 A atuação da Política Nacional de Assistência Farmacêutica

A PNAF foi criada pela Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 338/04, tem por escopo propiciar para a população necessitada o fornecimento de medicamentos, contribuindo para a proteção, promoção e recuperação da Saúde, e conforme se destaca da definição do Ministério da Saúde:

A Assistência Farmacêutica reúne um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, por meio da promoção do acesso aos medicamentos e uso racional. No Ministério da Saúde, tais ações consistem em promover a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como sua seleção, programação, aquisição, distribuição e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população.³⁴⁴

Dessa feita, a PNAF divide-se em três categorias: a assistência básica ou primária, o programa de medicamentos especializados e os programas estratégicos de saúde. Cada categoria atende a uma demanda das diversas necessidades da população, que vão de medicamentos simples até fármacos importados e caros.³⁴⁵

O Ministério da Saúde regulou a assistência farmacêutica de atenção básica pela Portaria nº 2.982/09, sendo esse programa o principal fornecedor de medicamentos destinados à atenção básica, considerados essenciais para a população.

O Programa de medicamentos especializados é regulado pelas Portarias GM/MS nº 2.981/09 e nº 3.439/10, em que procura garantir o tratamento medicamentoso integral, em nível ambulatorial, definidos pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Nessa Política, existe o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Ceaf), que tem por objetivo atender doentes individuais que necessitam de tratamentos longos ou permanentes, necessitando de

³⁴⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução nº 338**, de 06 de maio de 2004. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1000>. Acesso em: 29 ago. 2017. p. 1.

³⁴⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 249.

medicamentos de elevado custo, como por exemplo: a doença de Gaucher, a esclerose múltipla, a Doença de Parkinson, fibrose cística e artrite reumatóide.³⁴⁶

O Programa de medicamentos estratégicos refere-se aos medicamentos usados para tratar de doenças endêmicas e que trazem grande impacto socioeconômico, relativos a doenças consideradas pelo Ministério da Saúde como grandes problemas de saúde pública, como, por exemplo, a DST/AIDS, tuberculose, hanseníase, endemias focais, alimentação, nutrição e tabagismo.³⁴⁷

Prosseguindo no estudo, a PNAF tem a missão de confeccionar a Relação Nacional de Medicamentos (Rename), importante lista que inclui os medicamentos essenciais financiados pelos três componentes da Assistência Farmacêutica. A Rename é uma revista que é modificada a cada dois anos pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Rename, denominada Comare. A inclusão de novos medicamentos ou substituições de fármacos é realizada por um colegiado de vinte e duas instituições, sendo oito do Ministério da Saúde, duas do SUS, duas de entidades médicas ou conselhos, duas de sociedades científicas e oito universidades.³⁴⁸

Nesse caminho, a PNAF tratou de dividir os medicamentos denominados Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), regulamentado pela Portaria GM/MS nº 2.981 de 2009, por critérios específicos, como linhas de cuidado, características, responsabilidades e formas de organização distintas, dividindo-os em três grupos: Grupo 1, que é estabelecido por medicamentos financiados exclusivamente pela União, compostos por fármacos de alto valor financeiro e de doenças mais complexas; Grupo 2, composto por medicamentos financiados pelas Secretarias Estaduais de Saúde, por doenças cadastradas, normalmente para tratar de doenças ambulatoriais; e Grupo 3, constituído por medicamentos financiados de forma tripartite (União, Estado, e Município), sendo a

³⁴⁶ BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁴⁷ BIANCHI, 2012. p. 65.

³⁴⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Relação nacional de medicamentos essenciais - RENAME**. Brasília, 2017.

aquisição e dispensação de responsabilidade municipal, conforme Portaria GM nº 2.982/2009.³⁴⁹

Por derradeiro, cabe ainda ressaltar que o Governo Federal em 2004 lançou o Programa da Farmácia Popular, como um modelo de financiamento mediante um subsídio do governo para a aquisição de medicamentos em farmácias comunitárias, financiando até 90% do medicamento. Outra proposta apresentada foi o Programa Saúde não tem Preço, que distribui medicamentos gratuitos para diabetes e hipertensão nas farmácias populares adquirentes do Programa.³⁵⁰

3.3.2.3 A Atuação da Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras

A Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras foi instituída por meio do SUS, de acordo com a Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014. Uma doença rara é aquela que acomete 65 (sessenta e cinco) pessoas a cada 100 (cem) mil. Esse critério abrange a glicogenose, mas não engloba a APLV, tampouco a fenilcetonúria, por ultrapassarem esse percentual para serem caracterizadas como doença rara.³⁵¹

No seu art. 4º, essa Portaria retrata que o objetivo da política é reduzir a mortalidade, contribuir para a redução da mortalidade e das manifestações secundárias e melhoria da qualidade de vida das pessoas por meio de promoção, prevenção e detecção precoce, tratamento oportuno, redução da incapacidade e cuidados paliativos.³⁵²

Cabe destacar que a política possui o caráter prestacional assumido pelo Estado de fornecer substâncias, não restringindo, pois retrata em seu art. 5º que o Estado tem a obrigação de possibilitar o acesso aos meios diagnósticos e

³⁴⁹ BIANCHI, 2012. p. 115.

³⁵⁰ GONÇALVES, Ruth Adriane Marques. **Avaliação das informações sobre assistência farmacêutica em sítios governamentais**. Porto Alegre: [s.n], 2012. p. 14.

³⁵¹ BRASIL. Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014. Institui a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprova as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e institui incentivos financeiros de custeio. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2014.

³⁵² BRASIL, 2014. p. 1.

terapêuticos disponíveis, de acordo com as necessidades do paciente. Dessa forma, há a interessante conclusão de Heimburg³⁵³, que diz que:

Nem na citada regra, nem no artigo 4º da referida Política se delimita o tratamento terapêutico como sendo um tratamento com base em medicamentos [...], afere-se que a Política de Atenção às Pessoas com Doenças Raras determina o fornecimento até mesmo de alimentos em um caso concreto.

3.4 CONCLUSÃO PARCIAL

O presente estudo permite entender que o direito à alimentação especial deve ser garantido pelo SUS, por meio de políticas públicas, devendo atender ao interesse e às necessidades da sociedade, não de maneira inadvertida, mas atendendo ao mínimo necessário.

Quanto ao direito humano à alimentação adequada é que as políticas públicas existentes referem-se mais à qualidade e quantidade dos alimentos, preocupando-se em aspectos nutricionais, buscando atender às classes menos favorecidas ou minorias, como as pessoas mais pobres, quilombolas, índios, dentre outros.

Em atenção ao direito à alimentação, recentemente tipificado na Carta Magna, destaca-se que tal incumbência fica a cargo do Sistema Único de Saúde, visto que o conceito de saúde está diretamente ligado à alimentação e por isso existe uma integração intersetorial. Na efetivação do direito à alimentação, verifica-se a existência de omissões no SUS no que se refere ao Rename e à necessidade de atualização periódica, demonstrando um certo retardo da máquina pública, e por vezes, a não inclusão de determinados fármacos.

O que existem são algumas iniciativas estaduais que incluem em suas legislações estaduais protocolos e diretrizes que determinam o fornecimento de alguns alimentos especiais, o que ocorre, por exemplo, no estado de São Paulo e no Rio Grande do Sul³⁵⁴. Porém, essa discrepância entre os estados vai na direção contrária aos princípios do SUS da integralidade e da unidade.

³⁵³ HEIMBURG, 2014. p. 54.

³⁵⁴ HEIMBURG, 2014. p. 66.

Pode-se concluir que a terceira premissa do estudo é a válida e correta, confirmando que alimentação especial deve ser garantida tanto pelo direito à alimentação quanto pelo direito à saúde, visto que o entendimento do legislador é de um trabalho intersetorial.

Por derradeiro, apresenta-se o entendimento contrário do Ministério da Saúde, do Departamento de Alimentação Básica, que se pronunciou em nome da Instituição, na audiência Pública nº 4 do STF, abril de 2009, sobre Saúde, em que Ana Beatriz Vasconcellos³⁵⁵ alertou que a Política de Alimentos e Nutrição não considera os alimentos para fins especiais como medicamentos, sustentando que o SUS não deve fornecer alimentos, enfatizando que “alimentos especiais não são medicamentos”.

Em face disso, o próximo capítulo tende a debruçar-se ao estudo da efetivação do direito à alimentação especial por via judicial, analisando o tema complexo da judicialização da saúde e do protagonismo do Poder Judiciário, passando pela pesquisa das principais teses argumentativas empregadas nos processos judiciais envolvendo os alimentos especiais, procurando ao fim concluir sobre os direitos fundamentais sociais, sobre a aplicabilidade da ponderação para solucionar o conflito de normas fundamentais, proporcionalidade e limitação dos direitos fundamentais sociais.

³⁵⁵ STF. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública**. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 1.

4 A TUTELA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO ESTADO POR VIA JUDICIAL

Após exaurida a esfera administrativa, com as negativas das Secretarias de Saúde em fornecer os alimentos especiais pretendidos, é necessária a judicialização das demandas para a prestação de alimentos, com o objetivo de tutelar a efetivação do fornecimento pelo Estado. Para tanto, no presente capítulo será analisada a importância do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas, mediante a implementação do direito fundamental à saúde por determinação desse Poder Judiciário, apresentando suas perspectivas e críticas. Prosseguindo no estudo, pretende-se identificar as razões que levam à judicialização dos alimentos especiais, verificar qual é o tratamento dispensado pelo Estado nessas demandas, procurando estudar algumas decisões referentes ao tema proposto, caracterizar o embasamento dos magistrados, verificar os principais argumentos sustentados favoráveis ao fornecimento pelo Estado e os principais argumentos contestando a obrigatoriedade do fornecimento pelo Estado desses alimentos para fins especiais, na jurisprudência brasileira. Após isso, será apresentado o estudo de como se dá uma colisão de princípios pelo processo da ponderação.

Dessarte, apresentar um estudo de casos destacados que tenha chegado na esfera do Supremo Tribunal Federal e em Turmas Recursais, analisando os argumentos usados e os direitos sopesados procurando chegar à conclusão sobre o tema. Por derradeiro, será observada a atuação do Conselho Nacional de Justiça acerca das ações e procedimentos adotados sobre o direito à saúde e o fornecimento de alimentação especial, particularmente sobre a audiência pública nº 4, que tratou sobre o direito à saúde e também sobre alimentos especiais. Findando, será apresentada a Lei Brasileira de Inclusão, Lei nº 13.146/15, que possui regramentos atendendo às demandas de alimentos especiais.

4.1 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ESPECIAL

A judicialização é um fenômeno histórico, próprio do constitucionalismo democrático e chamado de “neoconstitucionalismo”, caracterizado pela centralidade da Constituição, uma valorização dos princípios e a supremacia dos direitos fundamentais.³⁵⁶

A crise que assola o País, principalmente pelos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, configura causa para a ascensão institucional do Poder Judiciário. O excesso de ações judicializadas despertam e conduzem a duas prováveis causas: a primeira é que o serviço de saúde prestado pelo Estado não está atendendo às demandas da sociedade; e a segunda é que existe um abuso do cidadão por um direito que não existe.³⁵⁷

A judicialização da saúde é um dos temas de maior repercussão nacional atualmente, sendo debatida veementemente pela academia, juristas, membros dos Poderes Constitucionais e pela sociedade em geral, como principal interessada.

Como já visto, a saúde é um direito de todos e dever do Estado, conforme emanado na CF/88 no seu art. 196, proporcionando o acesso para todos e de maneira homogênea às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação pelo sistema público de saúde. Nesse ponto, Ordacgy³⁵⁸ destaca que a notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, aliada ao insuficiente fornecimento de medicamentos gratuitos, considerados caros até mesmo para os mais abastados, tem feito a população civil se socorrer, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, mediante provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização da saúde”.

³⁵⁶ LEAL, Rogério Gesta; RITT, Caroline Fockink. **A judicialização da saúde e as práticas corruptivas**. Santa Cruz: Editora da EDUNISC, 2015. p. 6.

³⁵⁷ GEBRAN NETO; SCHULZE, 2015. p. 45.

³⁵⁸ ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. 2007. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2018. p. 1.

O poder destinado constitucionalmente ao Judiciário está escorado no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 que diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³⁵⁹, e esse dispositivo constitucional tornou-se fundamento para a judicialização das demandas políticas e sociais travadas pelo Estado. Ainda tratando sobre os dispositivos constitucionais que legitimam a atuação do Judiciário estão os artigos 2º, 92, 102 e 126, e na legislação infraconstitucional encontra-se no Código de Processo Civil que aborda o princípio da indeclinabilidade do magistrado de analisar e decidir sobre as questões submetidas ao seu juízo.

Posto isto, destaca-se que o ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos com a decisão de o caso *Marbury versus Madison* (5 U.S. 137, 1803) em que o magistrado da causa, o juiz John Marshall, afirmou que a Constituição é a lei maior e os atos legislativos ordinários devem estar em conformidade com a lei suprema, entendendo que, quando duas leis estiverem em conflito, a Corte deve aplicar a lei superior. Tal fato demarcou o poder da Suprema Corte em revisar os atos legislativos federais e estaduais que estivessem em desacordo com a Constituição. O referido caso é referência internacional para o controle de constitucionalidade que é exercido pelo Poder Judiciário.³⁶⁰

Depreende-se, pois, conforme Barboza³⁶¹, que o *judicial review* norte-americano representa o exemplo mais significativo do ativismo judicial na história constitucional moderna, afirmando que o ativismo judicial permite “à jurisdição constitucional a possibilidade de definir material ou substantiva as cláusulas com conteúdo aberto presentes na Constituição”.

No âmbito internacional, destaca-se a assertiva de Hischl³⁶², de que o ativismo judicial ocorreu em mais de oitenta países e em várias entidades supranacionais, ao transferir ao Judiciário uma significativa parcela de poder das instituições políticas, afirmando que esse movimento se denominou de “juristocracia”.

³⁵⁹ GEBRAN NETO; SCHULZE, 2015. p. 47.

³⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, 2012. p. 59.

³⁶¹ Idem. p. 113.

³⁶² HISCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n.2, 2006. p. 721.

Sobre o ativismo judicial na esfera internacional, Barroso explana diversos exemplos do protagonismo do Poder Judiciário: como no Canadá, onde a Suprema Corte se manifestou sobre a constitucionalidade de os EUA fazerem testes com mísseis em seu país; nos EUA, por ocasião da eleição presidencial do ano 2000, no caso emblemático Bush *versus* Gore; em Israel, ao julgar se a construção de um muro na fronteira com o território palestino estaria compatível com a Constituição Israelense e com os atos internacionais; na Turquia, em que a Corte Constitucional tem desempenhado um papel importante na preservação do Estado laico, protegendo o país do avanço islâmico; na Hungria e Argentina, onde as Supremas Cortes validaram seus planos econômicos; e na Coreia onde a Corte Constitucional devolveu o mandato de um presidente destituído por *impeachment*.³⁶³

Calha esclarecer a distinção entre a judicialização e o ativismo judicial, que para alguns são expressões sinônimas. A judicialização é, conforme o Ministro Barroso, um fato passível de constatação empírica e surge devido ao modelo constitucional adotado por determinado Estado, constatando que assuntos de grande repercussão política e social que deveriam estar sendo avaliados pelos Poderes Executivo e Legislativo estão sendo objeto de análise do Poder Judiciário, transferindo-se certo poder em favor do Judiciário. De outro modo, o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance em momentos de retração do Poder Legislativo e Executivo.³⁶⁴

Como se percebe, o ativismo judicial e a judicialização da política são assuntos que se confundem na teoria constitucional, particularmente por fazerem parte de um gênero maior, denominado por Streck³⁶⁵ de “protagonismo judicial”, que afirma que “enquanto se tem no ativismo judicial a feição promotora dos fins sociais (pro)postos na Constituição, na judicialização, encontra-se um movimento migratório do poder decisório próprio do Legislativo para o Judiciário”.

³⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, 2009. p. 2.

³⁶⁴ Idem. p. 4.

³⁶⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 47.

Nessa quadra, Hirschl³⁶⁶ classificou a judicialização em três categorias: a) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a política, politização da política; b) a judicialização das políticas públicas, mediante o controle de constitucionalidade ou por meio de revisões dos atos administrativos; c) a judicialização da política pura, transferindo às Cortes questões políticas e de grande interesse da população.

Nesse sentido, justifica-se o aumento significativo de demandas judiciais solicitando a garantia de prestações do direito à saúde, e devido à grande importância desse problema, seja teórica ou prática, que não envolve somente os operadores de direito, mas também os gestores públicos, profissionais da saúde e a população em geral.³⁶⁷

A regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e serviços de saúde trata-se de atividade que deve ser exercida pelo Estado, como “medida de polícia sanitária”³⁶⁸, função estatal típica, que compreende diversas atividades desenvolvidas pelo Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) como o controle e registro de substâncias como medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e de intervir sobre a regulação de preços de medicamentos.

Em face disso, as possíveis causas do ativismo judicial na área da saúde estão, em um primeiro momento, no processo de redemocratização ocorrido com a promulgação da CF/88, que elegeu o Poder Judiciário como o guardião da Constituição, encarregado de fazer valer as leis emanadas da Carta Magna pelo seu art. 102 que relata que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...]”³⁶⁹. Outro instrumento de controle consagrado na Carta Magna é a revisão judicial de controle de constitucionalidade, denominada ação direta de inconstitucionalidade (ADI), importado do direito norte-americano, trata-se de dispositivo em que o STF e demais juízes das Cortes

³⁶⁶ HIRSCHL, 2006. p. 734.

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido do Estado do Ceará, de exoneração do encargo de fornecer medicamento de alto custo. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Ministério Público Federal, Estado de Santa Catarina e Município de Florianópolis. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 17 de março de 2010b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 12 fev. 2015. p. 1.

³⁶⁸ SARLET; FIGUEREDO, 2008. p. 18.

³⁶⁹ BRASIL, 1988. p. 1.

inferiores podem anular ou ratificar uma lei por contrair uma norma constitucional vigente³⁷⁰.

Outro aspecto causador importante é a crise de representatividade por que passam os Poderes Legislativo e Executivo brasileiros, sendo que os representantes do povo estão mais preocupados com seus interesses pessoais do que com os interesses da sociedade, a corrupção é generalizada e atinge valores bilionários e em diversos órgãos públicos, envolvendo todas as esferas e escalões da República (União, Estados e municípios).³⁷¹

Ainda nesse sentido, outra causa está na grande propaganda consumista por parte dos fabricantes de medicamentos e alimentos especiais, haja vista que o mercado farmacêutico é um dos mais valiosos do mundo envolvendo bilhões de dólares, desenvolvendo uma compulsão consumista em matéria de saúde, muito bem explanado por Barata e Mendes³⁷² que afirmam que:

Não foram poucos os professores e médicos da área da saúde pública no Brasil que alertavam para o aumento excessivo do uso de medicamentos em nossa sociedade, seja por automedicação ou por prescrições médicas exageradas, estimuladas pela indústria farmacêutica,

Afirmando que tais atos estão trazendo consequências deletérias para a saúde da população brasileira. Trata-se, então de ação das indústrias farmacêuticas com o propósito de forçar a inserção de seus produtos nas listas públicas de medicamentos do SUS, visto que a inclusão do medicamento ou alimento especial na lista da Política Nacional de Assistência Farmacêutica equivale a uma grande fonte de lucro por parte dos laboratórios fabricantes, devido às demandas jurídicas que destinarão o seu produto.³⁷³

Outro ponto a ser considerado, é que existe uma relação criminosa entre os fabricantes de medicamentos e advogados, o que é confirmado por investigação realizada pela Polícia Civil de São Paulo por exemplo, em que uma associação de pacientes, juntamente com médicos, advogados e empresários ajuizavam ações judiciais para receber medicamentos de alto custo que não faziam parte da lista do

³⁷⁰ ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o ministério público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999. p. 235

³⁷¹ CUNHA JÚNIOR, 2008. p. 395.

³⁷² BARATA; MENDES, 2010. p. 67.

³⁷³ CHIEFFI, Ana Luíza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações Judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Revista de Saúde Pública**, v. 44, n. 3, jun. 2010. p. 423.

SUS, mediante a apresentação de atestados falsos, ficando estimado o golpe em cerca de R\$63.000.000,00(sessenta e três milhões de reais).³⁷⁴

Cabe ainda mencionar o relevante papel do Ministério Público (MP) como fiscal da lei e proponente de várias demandas judiciais defendendo os direitos coletivos. Nessa direção Arantes afirma que

O MP tem sido o agente mais importante da defesa dos direitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também tem impulsionado um processo mais amplo de judicialização de conflitos.³⁷⁵

Nesse novo quadro, caracterizado pela ênfase aos direitos sociais, surgem os questionamentos sobre a atuação do Poder Judiciário e o enfrentamento do discricionarismo judicial por meio de duas abordagens distintas, o procedimentalismo e o substancialismo³⁷⁶. O procedimentalismo aplica a tese de que deve prevalecer a vontade da maioria, sendo por meio da participação democrática e da cidadania que realmente acontece a efetivação dos direitos e o controle das relações entre os poderes³⁷⁷. De outra banda, o substancialismo permite a interferência do Poder Judiciário nas relações sociais e na política, autorizando a criação jurisprudencial do direito à saúde, por entender que o magistrado é dotado de condições para adjudicar os direitos já assumidos no âmbito social³⁷⁸. Existe ainda uma terceira tese, que engloba características das duas, através da junção da teoria procedimentalista e a substancialista, com a finalidade de se adequar à realidade do Brasil, conforme explana Vianna, ao afirmar que as duas teses teriam em comum:

O reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual cidadã.³⁷⁹

³⁷⁴ PIZA, Paulo Toledo. **Fraude com remédios desvia R\$ 63mi e deixa 3 pessoas tuberculosas em SP**. 2010. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u440243.shtml>. Acesso em: 19 jan. 2017. p. 1.

³⁷⁵ ARANTES, 1999, p. 1-2.

³⁷⁶ GEBRAN NETO; SCHULZE, 2015. p. 52.

³⁷⁷ Idem. p. 53.

³⁷⁸ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: REVAN, 1999. p. 24.

³⁷⁹ Idem. p. 24.

O Desembargador Gebran Neto³⁸⁰ confirma que nesse modelo híbrido “não há privatização da cidadania e o Judiciário não fica impedido de controlar as outras atividades estatais, com autorização para atuar de forma equilibrada e dentro dos parâmetros constitucionalmente aceitos”.

4.2 LINHAS DE ARGUMENTAÇÃO FAVORÁVEIS AO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO ESTADO NAS DEMANDAS JUDICIAIS

Após a análise das demandas judiciais referentes à solicitação de alimentos especiais, através da busca de jurisprudência nos portais dos Tribunais, foi verificado quais eram os principais argumentos empregados nas teses das partes, favoráveis e contrários à efetivação do direito fundamental ao fornecimento de alimentos especiais pelo Estado, direito à saúde, com o intuito de analisar como foram embasadas as decisões judiciais ao conflitarem esses direitos fundamentais com princípios. Nas respostas dos sopesamentos desses argumentos, princípios e normas estão a solução para o problema proposto na presente pesquisa, para tanto, será realizado um estudo de caso sobre o tema que alcançou a Corte Suprema do Brasil.

Os principais argumentos jurídicos favoráveis elencados para garantir o fornecimento pelo Estado são: o princípio da garantia do mínimo existencial, o princípio da dignidade humana, o direito à saúde, dentre outros descartados pelas peculiaridades do foco nos alimentos especiais.

Pelo exposto, passe-se então a analisar os argumentos favoráveis à efetivação do direito à alimentação especial.

4.2.1 A garantia do mínimo existencial

O conceito de mínimo existencial surgiu através de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão ao reconhecer que o Estado deveria ofertar uma garantia mínima de recursos materiais necessários para uma vida digna, determinando o

³⁸⁰ GEBRAN NETO; SCHULZE, 2015. p. 58.

aumento da ajuda social (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado pagava aos cidadãos carentes.³⁸¹

Importante destacar as características do mínimo existencial apresentadas na conceituação proposta por Torres³⁸² que o define como o direito às condições mínimas materiais de existência humana digna, não podendo ser objeto de intervenção nociva do Estado (dimensão negativa), e exige ainda prestações positivas por parte dele (dimensão positiva).

Dessa feita, Sarlet³⁸³ leciona que o mínimo existencial não abrange somente as condições necessárias de sobrevivência do ser humano, mas abarca o mínimo fisiológico e também o mínimo sociocultural, possuindo ainda o significado de “cláusula aberta” sendo preenchido apenas na solução de uma controvérsia, por ser considerado o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Cabe destacar que o mínimo existencial não está tipificado na Constituição Federal ou outro ordenamento jurídico de maneira expressa, mas encontra assento constitucional, conforme retrata Torres, em referências a certos direitos, citando, por exemplo, o dispositivo da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem falta de recursos financeiros, conforme art. 5º, LXXIV, CF/88. De maneira similar, Florenzano³⁸⁴, lembra o previsto no art. 7º, IV, CF/88, que retrata que o salário mínimo deve ser “capaz de atender as necessidades vitais básicas e as de sua família com a moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Na legislação internacional, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabeleceu uma definição de mínimo existencial conforme estipulado em seu art. 11: “estados-membros do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequada para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas [...]”³⁸⁵.

³⁸¹ KELBERT, Fabiana. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 102.

³⁸² TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 146.

³⁸³ SARLET, 2002a. p. 7.

³⁸⁴ FLORENZANO, Vincenzo. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, p. 39-50, jan./mar. 2005. p. 47.

³⁸⁵ BRASIL, 1992. p. 1.

Assevera-se que a estatura constitucional do mínimo existencial foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao ser julgada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, em 2014, em que aduz o relator Min. Celso de Mello que o mínimo existencial:

Pode ser resumido, 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 mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos.³⁸⁶

Ao analisar a ADPF em comento, Leal³⁸⁷ emprega o termo “indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial” apresentando-os como sendo:

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia o desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.³⁸⁸

Assim, as políticas públicas devem estar comprometidas e direcionadas para atender aos indicadores parametrizantes do mínimo existencial.

No mesmo trilho, Ferrari³⁸⁹ afirma que o mínimo existencial deve ser interpretado como um conjunto de necessidades mínimas que possibilitem ao cidadão participar efetivamente em sua comunidade, sendo essas necessidades mínimas balizadas pela dignidade da pessoa humana, não podendo ser limitadas pelo Estado por estarem dentro do “núcleo irredutível”.

De igual modo, confirmando o mínimo existencial, Sarlet³⁹⁰ afirma constituir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado, independentemente de expressa previsão

³⁸⁶ ADPF 45-9 – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello DJ 04/05/2004.

³⁸⁷ LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005/ Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura; Livraria do Advogado, 2005. p. 166.

³⁸⁸ Idem.

³⁸⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 4.

³⁹⁰ SARLET; FIGUEREDO, 2008. p. 19.

constitucional para ser reconhecido, visto que decorrente já protege a vida e a dignidade da pessoa humana. Por fim, conclui que:

Embora não tenha havido previsão constitucional expressa consagrando um direito à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta no elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica.³⁹¹

Trazendo o conceito do mínimo existencial para o direito à saúde pode-se afirmar que “consiste na oferta de serviços e medicamentos, tais como atendimento no parto, saneamento básico, consultas cardiológicas, fornecimentos de remédios para prevenção de doenças típicas da terceira idade como hipertensão e diabetes”³⁹².

Araújo³⁹³, ao dimensionar esse conceito para o contexto da saúde e do fornecimento de medicamentos, defende que o mínimo existencial é a obrigação de o Poder Público ter que fornecer medicamentos para toda e qualquer doença, destacando que o fármaco a ser fornecido tem que ser o prescrito por médico do SUS, e não o desejado pelo paciente ou por médico particular, respeitando as diretrizes terapêuticas definidas em protocolos clínicos e alinhadas com a Lei nº 12.240/11, que trata de assistência terapêutica e incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS.

Por derradeiro, oportuno mencionar que existe uma corrente que defende que o mínimo existencial em matéria de saúde estaria vinculado ao grau de emergência da demanda, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível à saúde, à integridade física ou mesmo à própria vida, devendo ser reconhecido tal direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo.³⁹⁴

³⁹¹ SARLET; FIGUEREDO, 2008. p. 19.

³⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 141.

³⁹³ ARAÚJO, 2015. p. 127.

³⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à vida na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, 2002b. p. 01-22.

4.2.2 O direito à saúde

O direito à saúde é um dos principais argumentos que são empregados nos processos judiciais que tratam sobre a obrigatoriedade de fornecimento de alimentos especiais por parte do Estado. Em capítulo anterior, o direito à saúde foi bastante trabalhado, portanto, será procurado nesta fase destacar os tópicos empregados nos processos judiciais.

Um dos principais dispositivos constitucionais empregados trata-se do art. 196: “a saúde é um direito de todos e dever do Estado”, e segundo o qual a saúde é obrigação do Estado – União, Estados e Municípios – devendo este assegurar o acesso à medicação necessário à cura, controle ou diminuição de suas enfermidades”³⁹⁵.

Nesse sentido, destaca-se a decisão do Agravo de Instrumento nº 70075376871, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 29.09.2017, em que era solicitado o fornecimento de fórmula Alimentar para menor acometido de refluxo intestinal. Na presente decisão o julgador realizou uma análise fazendo um apanhado do repertório de julgados sobre o tema em questão, conforme se transcrevem alguns trechos que merecem destaque daquele repertório de julgados do órgão, colhendo-se a motivação, que pode ser assim sintetizada: “(I) “o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representar fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social”, impondo ao público “qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa” (RE nº 557548/MG, relator Min. CELSO DE MELLO, j. Em 08.11.2007); (II) “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado”, devendo velar devido a sua integridade, “de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar”; e por derradeiro (III):

³⁹⁵ BRASIL, 1988. p. 1.

A recusa do Estado desrespeita o disposto no art. 196 da Constituição Federal, que determina ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Essa regra constitucional tem por destinatários todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado Brasileiro (AI nº 559055/RS, relatora Min. CARMEN LÚCIA, j. em 11.06.2007).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou em decisão que “é obrigação do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves”³⁹⁶.

Importante frisar que o Poder Judiciário determina algumas regras procedimentais para atender às demandas sobre os alimentos especiais. Uma delas é a comprovação da hipossuficiência da condição financeira da família do solicitante. Apesar de o artigo 196 da CF/88 retratar o acesso universal e igualitário, ou seja, para todos os brasileiros, o Judiciário brasileiro aplica a tese de que o fornecimento de alimentos especiais deve ser somente para as pessoas desprovidas de condições financeiras, alegando o previsto no art. 227 da CF/88, que explana que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer [...]”³⁹⁷, destacando que a família deve assegurar à criança o direito à vida e à saúde, e tendo condições financeiras de arcar com a aquisição dos alimentos especiais não há o porquê de o Estado em fornecer. Destaca, ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que explana em seu art. 11, §2º, que “incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação”³⁹⁸.

Reforçando o assunto, Leal³⁹⁹ apresenta o termo da responsabilidade compartilhada afirmando que nas obrigações positivas todos os beneficiários são responsáveis. Nessa mesma vertente, Sarlet⁴⁰⁰ afirma que a igualdade e

³⁹⁶ RESP nº 656979/RS, 2ª Turma, Relator Min. Castro Meira, Julgado em 16.11.2004.

³⁹⁷ BRASIL, 1988. p. 1.

³⁹⁸ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990b. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018. p. 1.

³⁹⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 37.

⁴⁰⁰ SARLET, 2009b. p. 326.

universalidade de acesso ao serviço público de saúde não é afirmar que todos tenham a gratuidade indiscriminada, visto que um dos objetivos da República é de reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Sobre o assunto destaca-se a apelação Cível nº 70057352510, de 2013, que tratou exatamente sobre a hipossuficiência da parte, sendo que na apelação cível a autora solicitou uma fórmula alimentar, porém seus genitores possuíam condições financeiras de arcar com o insumo solicitado. Será apresentada à frente na pesquisa.⁴⁰¹

No referido caso, ficou comprovado que os genitores da requerente eram médicos, possuíam bens imóveis, boa renda familiar, investimentos, cavalos, dois carros de luxo, dentre outros bens, sendo que o gasto mensal com os alimentos especiais seria de mil e novecentos reais. A decisão do colegiado foi unânime relatando que “foge o razoável onerar os escassos cofres públicos para fornecer medicamento – de alto custo, como é o ora pleiteado – a família que evidencia possuir privilegiada condição financeira”⁴⁰², reformando a sentença, julgando improcedente o pleito do alimento especial, determinando a devolução aos cofres públicos da importância liberada à autora e do valor referente às latas dispensadas, além de revogar a AJG solicitada e condenar ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do Estado do RS.

Nos processos judiciais analisados que tratam sobre o tema, os magistrados normalmente solicitam a elaboração de laudo pericial visando perquirir acerca de: 1) o quadro clínico do infante, a doença que acomete e os sintomas; 2) a real necessidade do medicamento (alimento especial); 3) quantidade e dosagem necessárias; 4) se existe previsão de fornecimento pelo SUS, mediante política pública, desse medicamento ou similar desde que atenda com as especificidades da doença; 5) se o produto solicitado é produzido-fornecido por empresa sediada no Brasil ou depende de importação; 6) o prazo necessário para o fornecimento; 7) qual o custo médio da dieta solicitada; 7) relatório de nutricionista⁴⁰³.

⁴⁰¹ Apelação Civil nº 70057352510, 8ª Câmara, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, TJRS, 2013.

⁴⁰² Idem.

⁴⁰³ Processo nº 0512.14.000206-8, Juíza Renata Souza Vieira, Pirapora/MG, 2014.

No que se refere à igualdade no termo do art. 196 da CF/88, “acesso universal igualitário”⁴⁰⁴, é por ocasião da criação e do desenvolvimento das políticas públicas sobre fornecimento de medicamentos e alimentos especiais que é verificado que existe uma desatenção com determinadas doenças, principalmente quando o número de indivíduos acometidos é reduzido. As políticas públicas de saúde simplesmente ignoram algumas doenças, como é o caso da APLV e fenilcetonúria, alegando não se tratarem de medicamentos, mas sim de alimentos. O princípio da igualdade da assistência da saúde determina que não exista nenhum privilégio, tampouco preconceito de qualquer espécie.

Outro importante tema está na observância por parte dos juízes em aplicar os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) do Ministério da Saúde, que foram criados com o objetivo de estabelecer critérios claros de diagnósticos de cada doença, indicar tratamentos específicos com dosagens adequadas e estabelecer mecanismos de monitoramento clínico para que o tratamento seja efetivo e supervisionado pela Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF).⁴⁰⁵

Sobreleva notar que a Lei nº 12.401/11 alterou a Lei nº 8.080/90 com o intuito de estabelecer regras sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS. A criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), com a missão de assessorar o Ministério da Saúde na incorporação, exclusão ou alteração de novos produtos, medicamentos e procedimentos, auxiliando na criação ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, foi um grande avanço para a concretização do direito à saúde.⁴⁰⁶

Posto isso, foi realizada uma pesquisa no portal do Ministério da Saúde sobre quais são as doenças contempladas com PCDT que necessitam de alimentos especiais, constatando que somente existe PCDT para a doença celíaca, que determina a necessidade de alimentação específica conforme se transcreve-se:

[...] Portanto, justifica-se a prescrição de dieta isenta de glúten, por toda a vida a todos os indivíduos e de sua família[...]. Recomenda-se a adoção de cuidado multidisciplinar e multiprofissional aos indivíduos com DC, envolvendo, além de médicos, profissionais de nutrição, psicologia e serviço social. **Justifica-se a prescrição de dieta totalmente isenta de**

⁴⁰⁴ BRASIL, 1990a.

⁴⁰⁵ BIANCHI, 2012. p. 137.

⁴⁰⁶ GEBRAN NETO; SCHULZE, 2015. p. 66.

glúten, por toda a vida a todos os indivíduos com DC, independentemente das manifestações clínicas. A adoção da dieta isenta de glúten deve ser rigorosa, pois transgressões sucessivas a ela poderão desencadear um estado de refratariedade ao tratamento (54). A dieta imposta é restritiva, difícil e permanente, ocasionando alterações na rotina dos indivíduos e de sua família[...].⁴⁰⁷

Apesar de estar notória a necessidade do fornecimento do referido alimento especial no Protocolo Clínico do Ministério da Saúde, o SUS não atende satisfatoriamente às demandas, comprovado pelas diversas demandas judiciais solicitando os alimentos especiais, como por exemplo:

TJ-SC - Agravo de Instrumento AI 214200 SC 2004.021420-0 (TJ-SC)

Data de publicação: 30/06/2005

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS A PORTADOR DE DOENÇA CELÍACA - DIREITO À SAÚDE - EXEGESE DOS ARTS. 196, DA CF/88 E 153, DA CE/89 E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. É inegável que a garantia do tratamento da saúde, que é direito de todos e dever do Estado, pela ação comum da União, dos Estados e dos Municípios, segundo a Constituição, inclui **o fornecimento gratuito de alimentos especiais (isentos de glúten)** necessários à conservação da saúde de quem não tiver condições de adquiri-los para a dieta prescrita pelo médico.

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 91114 MG 2011/0285630-9 (STJ)

Data de publicação: 19/02/2013

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública em defesa da vida e da saúde, direitos individuais indisponíveis, tendo por objeto o **fornecimento de cesta de alimentos sem glúten a portadores de doença celíaca**, como medida de proteção e defesa da saúde. Agravo regimental improvido.

TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 4635 MG 0004635-91.2003.4.01.3803 (TRF-1)

Data de publicação: 30/07/2010

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIETA SEM GLÚTEN A PORTADORES HIPOSSUFICIENTES DE DOENÇA CELÍACA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. 1. O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública em defesa da vida e da saúde, direitos individuais indisponíveis, tendo por objeto **o fornecimento de cesta de alimentos sem glúten a portadores de doença celíaca** como medida de proteção e defesa da saúde. 2. Apelação provida. 3. Remessa dos autos ao juízo *a quo* para que se pronuncie quanto ao mérito determinada. Veja

⁴⁰⁷ BRASIL. **Portaria n° 1.149**, de 11 de novembro de 2015a. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, 2015. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2015/novembro/12/MINUTA-de-Portaria-SAS-PCDT-Doen--a-Cel--aca-ATUALIZADO-09-11-2015.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018. (Grifo nosso) p. 1.

também: RESP 819010, STJ ERESP 819010, STJ AG 2008.01.00.021252-0, TRF1 ADI 2730, STF.

Depreende-se desses julgados que apesar do direito à saúde revestir-se da característica de um direito *prima facie*, a Constituição impõe, de modo imediato e direto, que os Poderes Legislativo e Executivo forneçam a maior prestação possível em face do direito à saúde, sendo obrigados a desenvolver e executar as políticas públicas de saúde mais eficazes e abrangentes possíveis.⁴⁰⁸

Por derradeiro, a concretização do direito à saúde é enfatizada por Branco⁴⁰⁹ ao afirmar que esse direito obriga o Estado a atender às demandas de certo paciente, em detrimento do coletivo, quando o direito à saúde colocar em risco a vida do cidadão, assim a necessidade do alimento especial está diretamente ligada à “manutenção da vida biológica”, uma obrigação do Estado. Também é incontroverso afirmar que existe o dever estatal de prestar os serviços de Saúde, sejam eles preventivos ou curativos, individuais ou coletivos, de forma mais ampla possível. Essa é a “dimensão objetiva do direito fundamental à saúde, que produz uma eficácia irradiante e condiciona a atuação do legislativo, do administrativo e do julgador, no exercício e controle daquelas políticas públicas de saúde”⁴¹⁰.

4.2.3 A proibição do retrocesso

O conceito de proibição do retrocesso é a inaceitável perda de um determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social, impondo ao Estado a proibição de suprimir ou reduzir essa concretização, sem que se crie um mecanismo equivalente ou substituto⁴¹¹. A noção desse princípio pode ser interpretada como uma “forma especial de designar a questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais sociais no âmbito mais

⁴⁰⁸ RIOS, 2009. p. 37.

⁴⁰⁹ BRANCO, Luciana Temer Castelo. **Abrangência do direito à saúde: fornecimento de medicamentos especiais é dever do Estado?** 2007. Disponível em: <http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/lt_saude.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2018. p. 9.

⁴¹⁰ GEBRAN NETO; SCHULZE, 2015. p. 38.

⁴¹¹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 8.

amplo dos direitos fundamentais”⁴¹², ademais, fazem parte da proibição do retrocesso as demais vedações constitucionais que interferem na segurança jurídica, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O desenvolvimento da institucionalização da proibição do retrocesso social relata que, ao serem conquistados determinados direitos sociais e econômicos, tornam-se uma garantia institucional, visto que representam uma pretensão dos cidadãos contra entidades públicas que não atendam à realização ou dificultem a sua concretização, estabelecendo uma proibição de “evolução reacionária” que pode ser passível de sanção de inconstitucionalidade de normas que vierem a retroceder um direito já garantido.⁴¹³

Cabe asseverar que a proibição do retrocesso é um princípio implícito, necessitando ser protegido pelo menos o núcleo essencial legislativo dos direitos fundamentais sociais. Tal medida visa coibir as futuras restrições que possam advir de legislações que possam suprimir ou reduzir direitos já adquiridos, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.⁴¹⁴

Sobre o tema, em Portugal, os direitos fundamentais sociais, após serem regulados pelo legislador infraconstitucional, não se admite suprimi-los, de acordo com o que os portugueses denominam de “proibição de contrarrevolução social”, pois os direitos sociais, como por exemplo, o direito à assistência, o direito dos trabalhadores, dentre outros, recebem uma garantia institucional e são constituídos como direito subjetivo. Naquele país, caso advenha uma crise econômica que obrigue a reversibilidade fática, pode até ocorrer um retrocesso, mas será analisado pelo princípio de contrarrevolução social para averiguar o grau de realização que possa ser mantido, dentre esses, o mínimo existencial.⁴¹⁵

Já no Brasil, o STF já julgou demandas em que foi suscitado o referido princípio. Para tanto, analisa-se um caso emblemático em que o princípio do retrocesso foi apresentado como argumento de defesa na ADI nº 3105-8/DF que julgava a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/03, que estabeleceu a

⁴¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição do retrocesso social no Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, n.3, p. 116-149, jul./set. 2009d. p. 116.

⁴¹³ DERBLI, 2007. p. 145.

⁴¹⁴ SARLET, op. cit. p. 116.

⁴¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 37.

incidência da contribuição previdenciária sobre os servidores pensionistas e inativos, conforme constava no art. 4 da referida emenda. O Ministro Celso de Mello apresentou o princípio da proibição do retrocesso como argumento para demonstrar que no caso os inativos e pensionistas não deveriam ser taxados com a contribuição previdenciária, uma vez que haviam alcançado determinado nível de concretização do direito à isenção do tributo.⁴¹⁶

Na esfera legislativa, ocorreu no Senado Federal a análise do projeto de Lei nº 219/07, apresentado pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, que tinha como objetivo acrescentar o art. 6º-A na Lei nº 8.080/90, Lei Orgânica de Saúde, para que se definisse o conceito de integralidade da assistência à saúde do SUS, com a intenção clara de reduzir as ofertas de procedimentos e medicamentos constantes na política pública de saúde, motivado pelo alto custo que o Estado tem nesses quesitos. Contudo, o projeto foi arquivado justamente com o argumento da proibição do retrocesso, mas rendeu um grande debate sobre a vedação do retrocesso social e a relação com a reserva do possível.⁴¹⁷

Nesse tópico, entende-se que o legislador não pode retirar as normas reguladoras dos direitos sociais e as políticas públicas haja vista que isso significaria a retirada da eficácia jurídica das normas de direitos fundamentais sociais.⁴¹⁸

4.3 LINHAS DE ARGUMENTAÇÃO CONTESTANDO O FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO ESTADO NAS DEMANDAS JUDICIAIS

Os argumentos contrários ao fornecimento de alimentos especiais por determinação do Poder Judiciário nas demandas de saúde são normalmente apresentados pelas Procuradorias Estaduais e pelos Advogados Gerais da União. As teses de defesa referentes aos alimentos especiais são reduzidas e similares.

Um dos argumentos elencados está no princípio da reserva do possível, que afirma a limitação do orçamento público em atender a todas as demandas dos direitos sociais, alegando que existem critérios para a seleção das políticas públicas

⁴¹⁶ ARAÚJO, 2015. p. 131.

⁴¹⁷ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como Norte para o desenvolvimento do Direito à Saúde no Brasil. In: CIRCUITO DE DEBATES ECONÔMICOS DO IPEA, 1., 2011, Brasília. **Anais...** Brasília: CODE, 2011. p. 23.

⁴¹⁸ ARAÚJO, 2015. p. 132.

e restrições impostas pelo limite orçamentário, e o Poder Judiciário deve respeitá-los.

Outra tese de defesa apresentada diz respeito ao princípio da separação dos poderes e a necessidade da aplicação da Teoria do diálogo. A alegação é baseada na incapacidade do Poder Judiciário em decidir assuntos que são de responsabilidade de outros Poderes, como por exemplo, nas políticas públicas. Um dos motivos é que todo poder emana do povo, no caso de seus representantes eleitos, referindo-se aos Poderes Legislativo e Executivo, que são escolhidos pelo voto para tanto.

Cabe ainda destacar alguns argumentos proferidos dos entes federados (União, Estado e Município) que declaram não serem os responsáveis pela demanda judicial solicitando suas exclusões nos processos, indo de encontro ao princípio da solidariedade entre os entes federativos.

Existe ainda uma crítica administrativa devido à interferência judiciária causar uma desordem na atuação dos órgãos da administração fruto das obrigações em cumprir os mandados. Uma crítica técnica ao alegar que o juiz não possui o conhecimento específico na área da saúde pública.

Por derradeiro, passa-se a apresentar os argumentos de maneira detalhada analisando suas particularidades e características.

4.3.1 A reserva do possível

O uso do argumento da reserva do possível nas ações judiciais é recorrente. A alegação da inviabilidade do Estado ou do município de atender a todas as demandas relacionadas com fornecimentos de medicamentos que não estão propostos na listagem do SUS é que causa grave comprometimento dos recursos, interferindo na execução das políticas públicas propostas pelo Estado e aprovadas pelos representantes do povo.⁴¹⁹

A teoria da reserva do possível nasceu na Alemanha em 1972, por ocasião de um julgamento pelo Tribunal Constitucional Alemão que tratou sobre a possibilidade

⁴¹⁹ KELBERT, 2011. p. 69-70.

de aumento de vagas em uma faculdade de Medicina. O direito constitucional alemão à época proporcionava ao cidadão alemão a possibilidade de escolha livre da sua profissão e o lugar de sua formação⁴²⁰. Na Alemanha, naquela época, qualquer estudante que tivesse logrado êxito no exame do ensino médio (*Abitur*) poderia escolher o curso e a universidade. Porém, a demanda pela faculdade de Medicina foi maior que a capacidade obrigando os responsáveis a escolher os candidatos melhor classificados no *Abitur*. Os estudantes não contemplados alegaram o descumprimento do art. 12 da Lei Fundamental. O Tribunal Constitucional entendeu que somente pode exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pode esperar do Poder Público, cabendo ao Legislador efetuar essa análise⁴²¹.

Importante destacar que a decisão alemã não deve ser equiparada à dimensão financeira dos direitos sociais, visto que aquela decisão consignou que as prestações exigidas do Estado devem ser compreendidas pela proporcionalidade da pretensão *versus* a necessidade de realização do direito sopesado.⁴²²

Outro marco significativo que retrata a reserva do possível é o trabalho apresentado na obra *The Cost of Rights*, produzido por Holmes e Sunstein⁴²³, em que defendem a Teoria dos Custos dos direitos. O estudo aborda na ordem cronológica os seguintes assuntos: o senso comum e as convergências da titularidade e da fruição, a impossibilidade do Estado proteger os direitos sem recursos, a impossibilidade dos direitos serem absolutos, as responsabilidades demandadas do direito, a compreensão dos direitos como barganhas, e por fim conclui sobre a natureza pública das liberdades privadas.

Os autores criaram a Teoria dos Custos dos direitos ao analisarem o sistema político e econômico dos Estados Unidos (EUA), país extremamente liberal. Os EUA possuem como característica que os direitos sociais não são deveres do Estado e que os custos de efetivação dos direitos sociais não são protegidos pela dignidade humana ou os direitos fundamentais. Naquele país, as despesas com os direitos sociais são restritas aos limites orçamentários, que foram devidamente analisados e

⁴²⁰ BVERFG 33, 303 *apud* JURISPRUDENCIA, 2009.

⁴²¹ ARAÚJO, 2015. p. 112.

⁴²² KERBERT, 2011. p. 70.

⁴²³ STEPHEN, Holmes; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberty depends on Taxes. New York and London: W.W. Norton, 1990.

aprovados periodicamente por parte da população. A teoria do custo explana que os direitos sociais são realizados por políticas públicas, em que a sociedade decide o custo/benefício de garantir esses direitos e na medida do orçamento público disponível.⁴²⁴

Do que se expôs, os direitos sociais já nascem restringidos, na visão dos autores, visto que a sua existência está na proporção dos limites orçamentários, não constituindo um fim em si mesmo, contudo um meio de manter as estruturas do liberalismo.⁴²⁵

Como visto, a reserva do possível é uma construção teórica da necessidade de verificar a capacidade financeira do Estado, para combater as crescentes demandas judiciais pleiteadoras de cumprimento de direitos sociais. Confirmando tal assertiva, Sarlet e Timm⁴²⁶ afirmam que:

A noção da reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Neste caminho, Canotilho⁴²⁷ tratando sobre a teoria da reserva do possível, após reestruturar seu entendimento sobre o tema, apresenta quatro características sobre os direitos sociais que se seguem: a primeira é que os direitos sociais apresentam uma realização gradual; a segunda que esses direitos dependem de forma relativa do orçamento do Estado; a terceira é que as políticas públicas decorrem de certa liberdade de conformação por parte do legislador; e a quarta é que existe a impossibilidade de controle judicial dos programas políticos-legislativos de promoção dos direitos sociais, com a exceção quando forem inconstitucionais ou manifestamente desarrazoados.

Barcellos⁴²⁸ entende que “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem supridas”. Afirma ainda a autora que

⁴²⁴ BITENCOURT, Caroline Muller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 148.

⁴²⁵ ARAÚJO, 2015. p. 111.

⁴²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 108.

⁴²⁸ BARCELLOS, 2011, p. 261.

pouco adianta a previsão da norma ou a técnica hermenêutica se não existir dinheiro para, no caso prático, custear as despesas geradas com o direito subjetivo efetivado.

Uma importante ressalva é prolatada por Carlini⁴²⁹ sobre a reserva do possível ser um grande risco motivado pela “falta de estudos mais sistematizados sobre o tema”, destacando que esse princípio “não pode ser demonizado como sinônimo de falta de decisão dos poderes em efetivar os direitos fundamentais, tampouco deve ser negado por representar um “sentido de justiça na aplicação dos recursos públicos e, portanto, de todos os atores sociais”.

Porém, o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde, pois se existe escassez surge um conflito por prestações positivas⁴³⁰. Trata-se então de decisões que representarão escolhas trágicas, visto que “qualquer medida judicial que venha a impor uma obrigação específica, vinculada a um caso concreto”, como no caso de aquisição de alimentos especiais considerados de alto custo pelo SUS, implicará a redestinação de verbas alocadas de acordo com o critério do administrador. A vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos, porque o custo dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado pelo Congresso.⁴³¹

Por esse motivo apresentado é que a decisão é complexa, por envolver a alocação de recursos financeiros, devendo decidir qual o valor e para quem deve ser priorizado. Assim, conforme Gustavo Amaral, conclui-se que as decisões tendem a ser políticas e locais, justificando que devem ser realizadas pelo Poder Executivo e Legislativo através das destinações orçamentárias e das políticas públicas.⁴³²

Nesse sentido, fazendo um estudo na jurisprudência, observa-se que, em decisões envolvendo alimentos especiais, o princípio da reserva do possível é combatido com argumentos como “[...] a reserva do possível não se apresenta como

⁴²⁹ CARLINI, 2014, p. 122.

⁴³⁰ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 105.

⁴³¹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 187.

⁴³² AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 17.

óbice ao Poder Executivo para concretizar as ações de saúde, tendo em vista que o direito à saúde possui caráter integrador do mínimo existencial”⁴³³. No presente caso, o sopesamento proferido pelos magistrados, o mínimo existencial superou o princípio da reserva legal, fruto da necessidade de garantir o mínimo para a existência do indivíduo requerente.

Em outro caso estudado, referente a uma ação judicial solicitando o fornecimento de medicamento, o princípio da reserva do possível foi apresentado em conjunto com o princípio da isonomia para comprovar a tese da limitação orçamentária. A decisão do Tribunal de Justiça foi a de que “as limitações orçamentárias não podem servir de supedâneo para o Distrito Federal se eximir do dever de prestar assistência à saúde (fornecimento de medicamento) a pacientes sem condições financeiras”⁴³⁴, criticando o argumento da reserva do possível e explicando nos autos como deve ser demonstrado o princípio da reserva do possível. “Aplica-se o princípio da reserva do possível em situações excepcionais, desde que o ente público demonstre, de forma objetiva, a impossibilidade econômico-financeira de custear a medicação pleiteada”⁴³⁵.

Nesse caminho, em um processo judicial do Tribunal de Justiça do RS, a Segunda Câmara Cível explana que não ocorre ofensa ao princípio da reserva do possível se não ficar comprovado nos autos que o pagamento do alimento especial solicitado causará um impacto considerável no sistema financeiro do SUS, conforme se transcreve um pequeno trecho da decisão para comprovar o entendimento daquela Corte: “inocorre ofensa aos princípios da reserva do possível, universalidade, da isonomia e da igualdade, pois não há comprovação de que o pagamento do fármaco deste gênero possa provocar o colapso do sistema”⁴³⁶, afirmando ainda que o direito à saúde deve preponderar tendo em vista se tratar de uma proteção à dignidade da pessoa humana.

O argumento do princípio da reserva do possível usado nas ações judiciais, apesar de não ter prosperado nesses três exemplos explanados, não possui um entendimento pacificado, haja vista que o STF firmou entendimento no julgamento

⁴³³ Súmula 01 do TJ-PI, de 22 de setembro de 2014, Segurança MS 00004883120108180000 PI 201000010004886.

⁴³⁴ TJ-DF - RMO 20130111639603, publicado em 02 Out. 2015.

⁴³⁵ Idem.

⁴³⁶ REEX 70064630601, Relator Ricardo Torres Hermann, TJ-RS, 12.07.2015.

da Suspensão de Tutela Antecipada 175-AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe 29.04.2010, que questões sobre medicamentos e sobre o Direito à saúde devem ser julgadas caso a caso, analisando todos os elementos de fato e de direito da matéria jurídica debatida.

Em contrapartida, o argumento apresentado por Silva⁴³⁷ sobre a reserva do possível está na finitude dos recursos financeiros, com a decisão proferida pelo magistrado determinando o fornecimento do alimento especial, esta deve ser cumprida, e assim, chegará a um determinado ponto que os recursos terão que sair de outras áreas. Assim sendo, é notório que, apesar de boas intenções, “as histórias de sucesso individual nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo”.

O que se pode concluir sobre a reserva do possível é que deve ficar comprovado nos autos do processo o impacto com aquela demanda atingirá os recursos financeiros do Estado. Por derradeiro, a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde confeccionou um relatório denominado “Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais”, verificando que dezoito demandas judiciais com fornecimento de medicamentos atingiram a quantia de 278 milhões, atendendo somente a 523 cidadãos, ficando evidente um desequilíbrio na distribuição dos recursos.⁴³⁸

⁴³⁷ SILVA, Virgílio Afonso. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 597.

⁴³⁸ OLIVEIRA, 2015. p. 575.

4.3.2 O princípio da separação dos poderes e a teoria do diálogo

A crescente demanda de processos atinentes à solicitação de prestação de alimentos especiais e medicamentos por parte do Estado intensificou o trabalho do Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. Nessas demandas judiciais um argumento muito empregado para afastar a obrigatoriedade de fornecer esses produtos pelo SUS é o princípio da separação dos Poderes.

O princípio da Separação dos Poderes tem seu surgimento na obra “Do Espírito das Leis”, produzida por Montesquieu, conforme já apresentado no capítulo 2 do presente estudo. Destaca-se, resumidamente, que se tratou da tripartição dos poderes, divididos conforme até hoje se encontra em vigor no Brasil em Legislativo, Executivo e Judiciário; e que a divisão tem o objetivo de limitação e harmonia entre os três poderes.⁴³⁹

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a separação e independência dos poderes no julgamento da ADI nº 98-5, em 1997, ao alegar que o referido princípio “não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional”, deve ser aplicado compulsoriamente pelos Estados “o modelo brasileiro vigente de separação de poderes e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República”, e não os modelos de outros países.⁴⁴⁰

Nesse sentido, o argumento da ofensa ao princípio da separação dos poderes é um dos mais enfáticos ao questionar a atuação do Poder Judiciário nas políticas sociais e econômicas usurpando a competência dos poderes Legislativo e Executivo. A argumentação defende a tese de que o Judiciário apenas deveria se limitar em aplicar as normas que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser providos pelo Estado, não devendo determinar a execução de políticas públicas.⁴⁴¹

⁴³⁹ ARAÚJO, 2015. p. 133.

⁴⁴⁰ ADI nº 98-5. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 31.10.1997.

⁴⁴¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 520.

Ressalta-se que os membros dos Poderes Executivo e Legislativo apresentam a tese de que o parlamento representativo está defendendo o interesse do povo, haja vista que foram eleitos por eles e são os seus legítimos representantes. Assim, a democracia estaria chegando perto do ideal, por entenderem que os parlamentares se esmeram para encontrar soluções consensuais e evitar extremos, atendendo ao interesse coletivo e não ao interesse individual do cidadão.⁴⁴²

De outra banda, o Poder Judiciário defende a tese de que os juízes protegem os direitos fundamentais e impedem a tirania da maioria, garantidos pela desvinculação política, pela imparcialidade e pela racionalidade discursiva submetida nos casos concretos⁴⁴³. Nessa concepção, o Judiciário é o legítimo guardião da Constituição, corrigindo as falhas e omissões dos demais Poderes,

E deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contra majoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.⁴⁴⁴

Existe ainda uma teoria que defende a Teoria do Diálogo como tese da atuação conjunta dos Poderes, respeitando suas responsabilidades, valorizando colaboração conjunta, que por ocasião de uma solução de determinada questão, emprega-se a “dialogicidade”, com o propósito de encontrar a melhor solução. No enfoque do fornecimento de alimentos especiais/medicamentos, em se tratando de políticas públicas, os Poderes Executivo e Legislativo possuem maior capacidade institucional devido ao seu desenvolvimento de estudos, pesquisas científicas, troca de experiências com outros países, incluindo estratégias prévias com histórico de sucesso e de derrotas. De outro lado, o Judiciário possui uma maior independência por estarem livres de pressões políticas, podendo retificar qualquer discrepância motivada por omissões ou desvios da conjuntura de governo.⁴⁴⁵

⁴⁴² MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

⁴⁴³ MENDES, 2011. p. 69.

⁴⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Teshis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-18, 2012. p. 25.

⁴⁴⁵ HIEBERT, Janet. **Charter conflicts: what is the parliament role?** Montreal & Kingston. Mcfrill: Queen's University Press, 2000. p. 223-226.

Posto isso, o sistema de separação de poderes dialógico, similar à cláusula não obstante introduzida no Canadá, onde os Poderes políticos possuem ferramentas de até reverter decisões judiciais⁴⁴⁶, dificilmente será implementado no Brasil devido à “longa tradição da supremacia do Judiciário na resolução de conflitos, incorporada no imaginário dos juristas”, que de “decisão judicial não se discute”, e conforme fundamentado “em dispositivos normativos como o art. 5º, XXXV, da CF/88”⁴⁴⁷.

4.4 A PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL PARA A EFETIVAÇÃO DO FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS PELO ESTADO: ESTUDO DE CASOS

Na presente pesquisa, foram levantados os argumentos favoráveis e contrários ao fornecimento de alimentos especiais por via judicial. Nas demandas judiciais sobre o caso, o juiz deve analisar esses argumentos devendo decidir sobre qual direito ou princípio deve se sobrepor perante o outro para que se garanta a racionalidade e a justiça no caso concreto. Para tanto passa-se a verificar como essa técnica de análise é executada, estudando a ponderação e a subsunção como ferramentas para a colisão de princípios e para o conflito de regras.

Após isso, são estudados três casos de processos judiciais em que foram demandados alimentos especiais para que se avalie como foram abordadas a ponderação e a subsunção para solucionar de maneira satisfatória, justa e racional.

4.4.1 A ponderação como técnica racional para a resolver a colisão entre o direito à saúde e o princípio da reserva do possível

Nesse ponto, é crucial colocar em prática todos os ensinamentos colhidos nos capítulos anteriores, aplicando-os na reflexão sobre a efetivação do direito à saúde, como um direito fundamental social, ao conflitar as normas, regras ou princípios, de

⁴⁴⁶ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **A not withst and ingcla use e a constituição do Canadá.** Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, 2010/2011. p. a4.

⁴⁴⁷ ARAÚJO, 2015. p. 137.

forma que estudar o processo judicial sobre a efetivação da prestação de alimentos especiais pelo Estado é fundamental.

O sistema jurídico constitucional brasileiro é um modelo de princípios e de regras, que são valorados em diversos níveis, de acordo com as possibilidades de fato e de direito. O presente estudo adotou os critérios mais consistentes para distinguir regras de princípios acolhendo o argumento da separação forte de princípios e regras, qualitativa, desenvolvido por Dworkin e Alexy, que segundo entende Heck⁴⁴⁸, necessita de complementação a Tese de Dworkin pela Tese de Alexy.

Nesse sentido, quando se está analisando judicialmente um caso, poderá ocorrer um conflito de regras ou de colisão de princípios, existindo assim a possibilidade de se aplicar a subsunção ou a ponderação, respectivamente, para solucionar o caso de maneira racional e lógica.⁴⁴⁹

As regras exigem exatamente o que elas determinam em seu texto, sendo aplicadas na forma do tudo ou nada: se “tudo”, então é válida, vinculando por via das consequências normativas estabelecidas a decisão judicial, podendo ainda sofrer a incidência de alguma exceção que porventura seja apresentada; se “nada”, então a regra é inválida e portanto não atende o caso em análise⁴⁵⁰. O conflito de regras é resolvido no plano da validade pela subsunção, por isso que as regras não possuem graus de realização, e portanto considera-se que as regras são normas que garantem direitos definitivos, concluindo que, para invalidar uma regra, é necessário uma cláusula de exceção ou se declara inválida⁴⁵¹.

Os princípios são espécies de normas que determinam que seja realizado algo, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso, na maior medida do possível. São considerados mandados de otimização por comportar diversos graus de satisfação. O conflito de princípios é valorado pela ponderação que analisará, no caso concreto, qual princípio possui mais peso⁴⁵². Diferentemente das regras, os

⁴⁴⁸ HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57.

⁴⁴⁹ SILVA, 2009. p. 47.

⁴⁵⁰ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 21.

⁴⁵¹ ALEXY, 2008. p. 91-92.

⁴⁵² Idem. p. 93-94.

princípios impõem a decisão a ser tomada, contudo possuem fundamentos que apoiam uma ou outra decisão⁴⁵³.

Dessa feita, Alexy⁴⁵⁴ afirma que as regras são mandamentos definitivos e os princípios são mandamentos de otimização, explicando que a distinção entre as regras e princípios forma o fundamento Teórico-normativo da subsunção e da ponderação.

A subsunção é a aplicação, no caso concreto, de regras verificando se aplica-se ou não determinada regra, conforme a tese da aplicabilidade do tudo-ou-nada. O Direito à saúde, por estar tipificado na Constituição Federal no seu art. 196, pode-se afirmar, na concepção de Dworkin, que é uma regra, mas não é. A tese da aplicabilidade do tudo-ou-nada determina que para invalidar uma regra é necessária uma cláusula de exceção. Nesse caso, observa-se que a própria regra tratou de definir e limitar como seria efetivado o direito à saúde, determinando no corpo da lei que deve ser mediante políticas públicas sociais e econômicas. Esse seria um limite estabelecido pelo próprio legislador ao criar a regra, não a limitando sobre qualquer tipo de restrição orçamentária.

Contudo, verifica-se que o direito fundamental à saúde é um direito *prima-facie* ou uma norma da espécie princípio devendo então ser considerada como mandado de otimização. Assim sendo, o direito determina que a saúde atenda os cidadãos na maior medida do possível, avaliando as possibilidades de direito e de fato existentes em cada caso, comportando diversos graus de satisfação⁴⁵⁵. Nesse sentido, o direito fundamental à saúde deve ser considerado em dois planos: um que ele deve ser otimizado, tendo em vista que se apresenta no modo ideal; segundo, que deve ser verificado o que impõe o que deve ser feito no plano do direito à saúde, aplicando-o no caso concreto⁴⁵⁶.

O direito fundamental à saúde possui uma carga de indeterminações. A indeterminação sintática é resultante das incertezas provocadas pelas relações entre as expressões que compõem a disposição desse direito em análise. A indeterminação estrutural ocorre quando a disposição de direito fundamental pode

⁴⁵³ GAVIÃO FILHO, 2010. p. 21.

⁴⁵⁴ ALEXY, 2008. p. 93.

⁴⁵⁵ SILVA, 2009. p. 46.

⁴⁵⁶ GAVIÃO FILHO, op. cit. p. 23.

ser cumprida por cursos de ação diversos. Destaca-se a análise de Gavião Filho⁴⁵⁷ sobre o direito à saúde, que comprova que, de um direito fundamental, pode-se extrair diversas normas correspondentes “conforme retrata o art. 196, *caput*, da Constituição Federal, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado”, assim pode-se formular as seguintes normas: a) todos têm direito à saúde; b) todos têm direito àquilo que no conceito de saúde pode ser incluído; c) todos têm direito à internação hospitalar; d) todos têm direito à assistência médica; e) todos têm direito à vacinação; e) todos têm direito a medicamentos.⁴⁵⁸

A partir daí, passa-se à ponderação, que compreende um método para proporcionar solução adequada ajustando a colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros bens constitucionalmente protegidos⁴⁵⁹. Nesse tema, Barroso⁴⁶⁰ afirma que a ponderação “é uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, pois existem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas”, afirmando que os casos difíceis, *hard cases*, necessitam da construção de sua resolução com uma argumentação elaborada, baseada em elementos do caso em tela e por parâmetros fixados pela norma e de elementos externos ao Direito. A ponderação é a técnica em que o juiz fará:

Concessões recíprocas procurando preservar ao máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do bem ou direito que prevalecerá no caso concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.⁴⁶¹

O foco da argumentação da reserva do possível está na temática da dimensão dos custos financeiros do direito à saúde verificando a disponibilidade de recursos orçamentários para financiar as prestações materiais. Nesse sentido, diversas decisões do Supremo Tribunal Federal conferiram à reserva do possível a natureza jurídica de princípio (RE 267612/RS; AI 570455/RS; AgRg no RE

⁴⁵⁷ GAVIÃO FILHO, 2010. p. 28.

⁴⁵⁸ *Idem*

⁴⁵⁹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 27.

⁴⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 361.

⁴⁶¹ *Idem*

271286/RS; RE 198265/RS; RE 248304/RS; AgRg no RE 273834-4/RS; RE 393175/RS).⁴⁶²

Dessa feita, passa-se a apresentar como se procede à ponderação. Tal processo é realizado em três fases para garantir a racionalidade e legitimidade do pleito; 1) A primeira fase. Nessa etapa inicial, o intérprete deve detectar quais são as principais normas para a solução do caso concreto, devendo levantar qual é o conflito entre as normas; 2) A segunda fase. Nessa fase o intérprete deve examinar os fatos, as circunstâncias apresentadas no caso e sua influência recíproca com os elementos normativos em análise; e 3) A terceira fase. A última etapa é caracterizada pela apuração dos pesos atribuídos aos diversos elementos em disputa, sendo examinados de forma conjunta, devendo ser aplicado no processo intelectual o princípio da proporcionalidade.⁴⁶³

Complementando o processo apresentado, Alexy⁴⁶⁴ resume que o sopesamento deve ser argumentado aplicando a seguinte regra: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de não afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Tal regra tem a finalidade de mensurar uma carga de argumentação jurídica justificável e principalmente racional, baseada nas questões axiológicas.

Outro ponto a ser considerado é que existe uma ligação entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade, ou máxima da proporcionalidade. Conforme já apresentado em tópico específico, aqui se encaixa para harmonizar os princípios colidentes analisados na ponderação. A máxima da proporcionalidade não está amparada em dispositivo constitucional, “mas decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios fáticos”⁴⁶⁵.

Assim sendo, passa-se a aplicar a ponderação para procurar solucionar a colisão de direitos fundamentais, direito à saúde *versus* o princípio da reserva do possível. Antes disso, para procurar atender tanto à teoria dos princípios como à teoria de Dworkin do “tudo ou nada”, entende esse autor que, no caso do fornecimento de alimentos especiais pelo Estado, tem-se como principal objetivo garantir o mínimo existencial, a dignidade humana, o direito à vida do requerente,

⁴⁶² ARAÚJO, 2015. p. 113.

⁴⁶³ BARROSO, 2013. p. 361-362.

⁴⁶⁴ ALEXY, 2011. p. 167.

⁴⁶⁵ SILVA, 2002a. p. 45.

sabedor que a falta das fórmulas nutricionais pode vir a causar a sua morte. Tal premissa baseia-se nos ensinamentos de Ana Paula Barcellos, que afirma que toda e qualquer prestação de saúde que objetiva evitar a morte atende ao mínimo existencial.⁴⁶⁶

Corroborando para o entendimento do caso, o Min. Celso de Mello posicionou-se ao julgar a ADPF 45-9 e proferiu alertando que o mínimo existencial devem ser os “alvos prioritários dos gastos públicos”, afirmando que somente “depois de atingi-los é que poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir”⁴⁶⁷.

4.4.2 O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é um critério de aferição da validade de limitações aos direitos fundamentais. A doutrina alemã apresenta três dimensões do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e a proporcionalidade em sentido estrito. Esses três critérios devem estar presentes para que se concretize uma limitação de direito⁴⁶⁸.

Guerra Filho⁴⁶⁹, um dos pioneiros no Brasil a tratar da tripla dimensão do princípio da proporcionalidade, afirma que uma medida será adequada “se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

A proporcionalidade ou princípio da vedação de excesso, tem por escopo evitar abusos que possam ocorrer sob a aplicação do fundamento do direito à saúde. Como exemplo, uma solicitação de tratamento médico em outro país, sabido que o Brasil possui condições de tratar tal doença, o que diminuiria o custo do tratamento significativamente.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ BARCELLOS, 2011. p. 133.

⁴⁶⁷ ADPF n° 45, Relator Min. Celso de Mello, STJ, 2004.

⁴⁶⁸ MARMELSTEIN, 2009. p. 6.

⁴⁶⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Editora da UFC, 1989. p. 75.

⁴⁷⁰ TESSLER, Marga Inge Barth. O direito à saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista Direito Federal**, Brasília, n. 67, 2001. p. 198.

Nesse propósito, a Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8080/90 – delimitou os objetivos do SUS de modo que o atendimento integral devido pelo SUS refere-se apenas às atividades de assistência às pessoas, mediante a promoção, proteção e recuperação da saúde. Para Weichert⁴⁷¹, não estão incluídas prestações de cunho social, como a alimentação, moradia, lazer, saneamento básico, dentre outras vinculadas ao bem-estar social, mas que não podem ser dependentes diretamente de ações dos serviços de saúde.

A regra da proporcionalidade é assim melhor denominada, em que muitos nomeiam de maneira equivocada como princípio, apesar de usual no meio acadêmico a expressão “princípio da proporcionalidade”. Conforme Bianchi⁴⁷² interpreta, à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy, a técnica da proporcionalidade não possui “estrutura de princípio, na medida em que não comporta a produção de efeitos em várias medidas, pelo contrário, possui estrutura de regra, já que a técnica é aplicada de forma constante e sem variações”.

Para tanto, o chamado preceito da proporcionalidade tem por um dos seus objetivos coibir o excesso, devendo ser considerados três preceitos: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência e a proporcionalidade em sentido estrito⁴⁷³. Esses preceitos devem ser analisados sucessivamente e todos devem ser atendidos para que se possa limitar um direito fundamental.

No que tange ao preceito da adequação, Marmelstein⁴⁷⁴ explica que “toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados resta desatendida a exigência de adequação”, e para o referido autor existe a necessidade de responder à seguinte pergunta: “o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?”.

O preceito da necessidade diz respeito à verificação da existência de outros meios menos gravosos que possam atingir o mesmo objetivo pretendido com o mesmo grau de eficácia⁴⁷⁵. Nesse sentido, Silva⁴⁷⁶ afirma que a necessidade é um

⁴⁷¹ WEICHERT, Marlon Alberto. Direito à saúde, sistema único de saúde e a integralidade da assistência. In: SOUZA, André Evangelista de; SANTOS, Lenir (Orgs.). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 116.

⁴⁷² BIANCHI, 2012. p. 70.

⁴⁷³ LEIVAS, 2006. p. 47.

⁴⁷⁴ MARMELSTEIN, 2013. p. 369.

⁴⁷⁵ BIANCHI, op. cit. p. 75.

⁴⁷⁶ SILVA, 2009. p. 171.

exame comparativo que justifique a necessidade do ato estatal limitativo caso “a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida o direito fundamental atingido”. Por fim, a necessidade possui como um dos seus requisitos combater o excesso ou a falta de um direito fundamental.

Assim, após a análise da sub-regra da adequação e necessidade, passa-se para a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. Conforme afirma Bianchi⁴⁷⁷, parcela da doutrina não utiliza essa última etapa, porém grande parte acredita ser fundamental tal exame. O exame da proporcionalidade em sentido estrito é um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”⁴⁷⁸.

Sarlet⁴⁷⁹ ensina que nessa fase é necessário investigar se os resultados dos riscos e ameaças remanescentes, após a efetivação das medidas de proteção, serão tolerados em face de uma ponderação no sentido de outros direitos fundamentais pessoais ou coletivos.

Ao findar este tópico, acredita-se que, para solucionar o problema do presente trabalho – o direito à saúde – para a hipótese de que o princípio da reserva do possível interceda, limitando o direito fundamental social do direito à saúde, é imperioso aplicar a máxima da proporcionalidade no caso concreto.

4.4.3 O estudo de casos sobre alimentos especiais

As reflexões fundamentais da subsunção e da ponderação realizadas serão verificadas na análise de casos concretos judicializados. Após o estudo de dezenas de processos judiciais, foram selecionados três casos para o estudo motivados pelo tipo de alimento especial demandado e que teve repercussão em instâncias superiores: dois em que a demanda solicitada foi atendida pelo Poder Judiciário e outro em que não foi atendida. Nesse sentido, busca-se verificar a aplicabilidade dos argumentos estudados até o presente momento e principalmente como são tomadas

⁴⁷⁷ BIANCHI, 2012. p. 75.

⁴⁷⁸ SILVA, 2002a.p. 44.

⁴⁷⁹ SARLET, 2009c. p. 400.

as decisões dos magistrados e se as decisões são justificadas e possuem racionalidade, legalidade e justiça.

4.4.3.1 Acórdão do STF favorável ao fornecimento de alimento especial para portador de alergia a proteína do leite de vaca - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.049.831, Pernambuco, 27.10.2017.

O referido Agravo Regimental foi impetrado no STF pelo Estado de Pernambuco, por meio do Procurador-Geral do Estado de Pernambuco, contra a decisão proferida no Recurso Extraordinário interposto perante a 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do TRF/5 que indeferiu o pleito. O assunto gerador da judicialização foi o fornecimento de Fórmula Alimentar para portador de alergia à proteína do leite de vaca, devido à necessidade do referido alimento especial, mesmo sem esse alimento estar incluído na lista do SUS.

As alegações do Estado de Pernambuco que embasaram o Agravo foram que:

A imposição de fornecimento de fórmula alimentar de marca específica e não disponibilizada pelo SUS, ofende os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade e moralidade (art. 37, *caput*, CF/88), bem como o previsto no art. 37, XXI, da CF/88, pois que impede que a compra se dê através de procedimento de licitação destinado a garantir a observância de tais princípios.⁴⁸⁰

Apresentou-se ainda a alegação de que a matéria em discussão era eminentemente de direito e não havia controvérsia quanto às provas do processo. Afirmou que se tratava de ofensa direta e objetiva a preceito constitucional alegando que:

Aquisição de insumo pelo Poder Público pressupõe a submissão a regras de direito financeiro e de direito administrativo, além de observância do postulado inserto no inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, segundo o qual as compras efetuadas dependem de licitação prévia a garantir, consoante art. 3º da Lei 8.666/93, a observância dos princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, separação de poderes, dentre outros.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ ARE nº 1049831 AGR/PE, 2ª Turma, Relator Min. Edson Fachin, Julgado em 27.10.2017.

⁴⁸¹ Idem.

No recurso ao TRF/5 o colegiado destacou que o juiz de primeiro grau determinou que a parte autora solicitante fosse submetida a perícia judicial, que o médico perito expediu um laudo completo verificando que: foi indicada a dosagem e quantidade do leite especial (NEOFORTE® e NEO ADVANCE®); foi apropriada a fórmula alimentar para combater a doença da solicitante; e que o SUS não oferece esse tipo de tratamento ou outro alternativo que atenda à referida demanda.⁴⁸²

A decisão da 3ª Turma Recursal do TRF/5 foi pelo indeferimento do recurso por entender que a decisão atacada se limitou à análise fática, destacando a importância do Poder Judiciário na tutela dos direitos fundamentais e que seria provável, caso a demanda não fosse ajuizada, que os entes públicos não fossem fornecer a fórmula alimentar à requerente, o que lhe causaria prejuízo ao seu desenvolvimento físico e cognitivo. Por fim, o juízo de origem afirma que, “diferentemente do que aduzem todos os entes públicos, a concessão do substitutivo do leite de vaca não afronta o real interesse público, assim, reputo essencial a sua concessão”⁴⁸³.

Assim, o Min. Relator, após apresentar o relatório, passou a analisar o caso em tela. Destacou inicialmente que qualquer divergência em relação do juízo *a quo* demandaria reexame de fatos e provas, inviabilizando o processamento do apelo extremo, devido à vedação contida na Súmula 279 do STF. A referida Súmula afirma que, para simples reexame de prova, não cabe recurso extraordinário, e nesse sentido, já são vários os processos que não prosseguiram pela aplicação da referida Súmula: ARE 935.824-AgR/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.08.16; ARE 827.931/SC-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 26.09.14; RE 642.536-AgR/AP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 27.02.2013.

Prosseguindo no julgamento do caso, o Min. Edson Fachin ressaltou a questão da responsabilidade solidária, afirmando que todos os entes federados possuem obrigação de fornecer medicamentos tendo vista o direito à saúde ser um dever do Estado. Apresentou que esse entendimento foi reafirmado pelo STF no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 16.03.2015, Tema nº 793, que consignou que:

⁴⁸² ARE nº 1049831 AGR/PE, 2ª Turma, Relator Min. Edson Fachin, Julgado em 27.10.2017.

⁴⁸³ Idem.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.⁴⁸⁴

Asseverou ainda, repetindo a afirmação do TRF/5, que nos autos foi demonstrada a necessidade da paciente fazer uso da alimentação especial pleiteada, em virtude de alergia alimentar à proteína do leite de vaca, afirmando que o SUS não oferece tratamento alternativo que possua o mesmo efeito que o alimento solicitado. Ademais, observou que o STF já se pronunciou sobre questões que envolvam o direito à saúde e o fornecimento de medicamentos e alimentos especiais, que a análise deve ser feita caso a caso, devendo considerar todos os elementos fáticos e jurídicos da matéria suscitada, conforme o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175 – AgR, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, Pleno, Dje 29.04.2010.

Destacou ainda que o STF pode julgar e determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito à saúde, considerando firme o entendimento dessa Corte Suprema de que é possível determinar o fornecimento de medicamento não incluído na lista do SUS, obviamente que comprovadas sua necessidade e eficácia do produto. Assim, destaca-se um dos julgados, dentre três apresentados na decisão, tendo em vista tratar da fenilcetonúria e que o Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas referentes à saúde sem que isso viole o princípio da separação dos Poderes:

1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde⁴⁸⁵.

Por fim, a Turma negou provimento ao agravo regimental, por unanimidade, conforme votos dos Ministros Edson Fachin (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

⁴⁸⁴ RE nº 855.178-RG, Relator Min. Luiz Fux, Dje de 16.03.2015, Tema nº 793.

⁴⁸⁵ ARE nº 947.823-AgR, 1ª Turma, Relator Min. Edson Fachin, Julgado em 07.10.2016.

Nesse caso estudado, conclui-se que o Judiciário pode julgar as demandas do fornecimento de alimentos especiais, mesmo não constando da lista do SUS; que os entes federados respondem solidariamente pelo direito à saúde; que as demandas sobre fornecimentos de alimentos especiais devem ser analisadas caso a caso verificando todos os elementos de fato e de direito; e que o Judiciário pode julgar demandas de implementação de políticas públicas referentes ao direito à saúde sem que ocorra a violação ao princípio da separação de poderes.

4.4.3.2 Agravo de Instrumento julgado pelo Tribunal de Justiça do RS favorável ao fornecimento de alimento especial - Agravo de Instrumento nº 70075376871 do TJ/RS, 29 de setembro de 2017, 8ª Câmara Cível.

A referida demanda jurídica iniciou-se com o pedido do infante L.G.S.G., representado por sua genitora, que pleiteou o fornecimento de fórmula alimentar devido ao autor, recém-nascido (cinco meses de idade), apresentar um quadro grave de refluxo intestinal. A Antecipação de Tutela foi deferida a favor do menor determinando ao Estado do Rio Grande do Sul a disponibilização do insumo postulado em dez dias, sob o risco de bloqueio de valores nas contas do Estado, sendo o município excluído da condenação.

Posto isso, L.G.S.G. apelou da decisão, apesar de ser favorável, por entender que o Município de Passo Fundo também é responsável pelo fornecimento do referido alimento especial baseado no princípio da solidariedade dos entes federados nas questões de saúde. A decisão de primeiro grau sentenciou favorável ao fornecimento do alimento especial por entender que o direito à saúde e à vida devem se sobrepor à alegação do princípio da reserva do possível e da independência dos poderes, considerando que o direito à saúde deve assegurar e proteger, de forma integral e com absoluta prioridade, a vida e a saúde da criança.

No julgamento da apelação, a Des^a Liselena Schifino Robles Ribeiro, relatora, apresentou um repertório de julgados do STF e do STJ sobre o direito à saúde dos quais foram selecionados alguns:

O direito de todos à saúde, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, art. 196/CF88;⁴⁸⁶

É obrigação do Estado (União, Estados, DF e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo, as mais graves.⁴⁸⁷

Por derradeiro, a Desembargadora deu provimento ao recurso da parte declarando a obrigação solidária dos entes públicos no fornecimento da fórmula especial postulada.

4.4.3.3 Acórdão do Tribunal de Justiça do RS com decisão desfavorável ao fornecimento de alimento especial (Apelação Cível nº 70057352510, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 30.01.2014)

O caso em estudo tratou de apelação contra sentença que julgou procedente a solicitação da menor G.R.F, representada por seu genitor, S.R.F, que impetrou ação ordinária contra o Estado do Rio Grande do Sul, requerendo o fornecimento de doze latas por mês da Fórmula de Aminoácidos NEOCATE®. A sentença monocrática determinou o fornecimento do referido alimento especial conforme determina o art. 196, CF/88, e em conformidade com o entendimento do STF de que o Poder Judiciário pode, sem que seja configurada violação ao princípio da separação dos poderes, determinar a implementação de políticas públicas.

O Estado do RS interpôs recurso de apelação alegando que os genitores possuem renda compatível com a demanda solicitada, tendo condições financeiras de arcar com a compra dos alimentos especiais para a sua filha, comprova que a renda dos pais é alta, anexadas as respectivas Declarações de Renda de Pessoa Física ao processo. Alega o apelante que, conforme os artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 9.908/93, a hipossuficiência da requerente é exigida nas demandas judiciais, bem como a obrigatoriedade da família em prover a saúde da criança, não se tratando de família carente. Destaca a apelante que o Estado não pode conceber em arcar com o custo do alimento especial quando a parte efetivamente possui condições para

⁴⁸⁶ AI nº 559055/RS, Relatora Min. Cármen Lúcia, Julgado em 11.06.2007.

⁴⁸⁷ RESP nº 656979/RS, 2ª Turma, Relator Min. Castro Meira, Julgado em 16.11.2004.

tanto, que Ente Público não tem condições de fornecer todos os medicamentos a todos os cidadãos.

Por fim, requer o provimento do recurso e o afastamento da condenação do Estado, que a Justiça determine a devolução do dano causado ao erário restituindo o valor referente às latas de Neocate® já entregues, a revogação da AJG e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios.

O Procurador de Justiça da causa analisou a questão apresentando informações e argumentos concretos determinantes para a decisão da apelação. Inicialmente apresentou que a demanda mensal do alimento especial solicitado atinge o valor de R\$1.920,00. Afirma que examinou as declarações de imposto de renda dos pais da menor, verificando que ambos são médicos e possuem patrimônio considerável e uma renda confortável. No que se refere aos bens apontados, estão em nome da mãe da infante: duas salas comerciais nos valores de R\$78.694,57 e R\$55.557,61; um automóvel Ford Fusion ano 2008 avaliado em R\$80.071,58; e aplicações bancárias que totalizam R\$100.000,00. No que se refere aos bens do pai da menor: um apartamento no valor de R\$430.338,99; um veículo Corolla ano 1999 no valor de R\$23.500,00; 30 cavalos que totalizam o valor de R\$110.000,00; um trator agrícola de R\$20.000,00; e uma camioneta Toyota Hylux ano 2009 no valor de R\$149.000,00; além do total de rendimentos tributáveis no ano de 2011 no valor de R\$213.072,74. Dessa forma, não restam dúvidas das condições financeiras dos pais da requerente em arcar com R\$1.920,00 mensais para comprar os alimentos especiais de que a menor necessita.

O relator do Acórdão Des. Luiz Felipe Brasil Santos apresentou o argumento de que as demandas judiciais solicitando medicamentos devem seguir alguns critérios: provar por laudo médico que o requerente possui de fato a doença, que necessita de determinado medicamento ou alimento especial, a dosagem, qualidade e eficácia comprovada, e comprovar que a família não tenha condições financeiras de arcar com os custos do medicamento. No caso em tela, a parte autora comprovou por laudo médico que é portadora de gastroenterite e colite alérgicas ou ligadas à dieta (CID10 K52.2), que necessita ingerir Fórmula de Aminoácidos NEOCATE®, na dosagem de doze latas por mês. Verificou que na peça inicial o requerente relatou que “não dispõe de recursos financeiros para custear o processo,

nem tampouco a aquisição dos medicamentos”, porém não acostou nos autos a prova documental que comprovasse a hipossuficiência da família.

O Des. Relator destacou que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu art. 11, § 2º, que “incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação”. Afirma o relator que “por óbvio que quando menciona – aqueles que necessitarem – está fazendo referência às crianças e adolescentes de grupos familiares que não dispõem de recursos financeiros para custearem tratamentos de saúde[...]”⁴⁸⁸.

Assevera ainda que a Constituição Federal determina que “a família tem o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação[...]”, conforme está tipificado no art. 227 da CF/88.⁴⁸⁹

Por derradeiro o Colegiado deu provimento unânime ao recurso de apelação alegando que “foge do razoável onerar os escassos cofres públicos para fornecer medicamento – de alto custo, como é ora pleiteado – a família que evidencia possuir privilegiada condição financeira [...]”⁴⁹⁰, decidindo que merece reforma a sentença, julgando-se improcedente o pleito e determinando a devolução aos cofres públicos dos valores referente às latas dispensadas, além de revogar a AJG e condenar a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios ao Estado do RS no valor de R\$1.000,00.

Como visto, pode-se asseverar que restou comprovado, pelo estudo de caso ora apresentado, da obrigatoriedade da comprovação da hipossuficiência do solicitante, por meio de provas que os genitores da demandante não possuem condições financeiras para arcar com os alimentos especiais requeridos, correndo o risco de terem suas demandas negadas. Nesse caso, ficou comprovada a restrição do direito fundamental à saúde. O art.196 da CF/88 aduz que “a saúde é **direito de todos** e dever do Estado [...] e ao acesso **universal igualitário** às ações e serviços [...]”⁴⁹¹, na lei não se apresenta no corpo da redação nenhuma restrição ou especificação como por exemplo “para os cidadãos que não possuem condições

⁴⁸⁸ BRASIL, 1990b. p. 1.

⁴⁸⁹ Idem, 1988. p. 1.

⁴⁹⁰ Apelação Cível nº 70057352510, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 30.01.2014.

⁴⁹¹ BRASIL, 1988. (Grifo nosso) p. 1.

financeiras de arcar com a saúde”⁴⁹². Assim, fica claro que a ponderação e principalmente a proporcionalidade foi aplicada no caso concreto e o princípio da reserva do possível se sobrepôs ao direito à saúde, visto que os pais vão atender às necessidades da filha por possuírem condições financeiras de comprar o alimento especial necessário, conforme previsto no art. 227 da CF/88 esse dever da família.

4.5 CONCLUSÃO PARCIAL SOBRE A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ENTRE A COLISÃO DO DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

Passa-se então a estudar como devem ser aplicadas a ponderação e a proporcionalidade no caso de tutela de efetivação do direito à saúde no fornecimentos de alimentos especiais pelo Estado. No que se refere ao direito à prestação de alimentos especiais por via judicial, vislumbra-se a colisão de dois direitos fundamentais: o direito à saúde de um lado, (por ser um direito fundamental, considerado princípio) e o princípio da reserva do possível de outro. Cabe ressaltar que podem interagir nesse caso concreto, sendo que algumas variantes podem ser fundamentais para a decisão final, como se pôde observar nos estudos de casos apresentados anteriormente. Existem princípios que estão diretamente envolvidos, como o princípio da separação dos poderes, do direito de todos a usufruir da saúde, do direito à vida, do princípio da dignidade da pessoa humana e da proibição do retrocesso, conforme já trabalhados na pesquisa.

Na primeira etapa da ponderação deve-se levantar as normas relevantes para a solução do caso: art. 196 da CF/88, direito à saúde, o atendimento integral do art. 198, inciso II, o princípio do mínimo existencial, princípio da reserva do possível.

Na segunda fase, levanta-se que os alimentos especiais solicitados (leites especiais, fórmulas nutricionais e fórmulas de aminoácidos) não são fornecidos pelo SUS de maneira plena, seja pela Política Nacional de Medicamentos, tampouco pela Política Nacional de Assistência Farmacêutica e Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras. Analisando as particularidades dos pacientes requerentes, avaliam-se o tipo da doença, o alimento especial indicado

⁴⁹² BRASIL, 1988. p. 1.

para a cura, as possibilidades de tratamento, a prospecção da doença e a hipossuficiência do paciente e da família, devendo ainda ficar demonstrado nos autos do processo se o “medicamento” consta registrado na ANVISA, se é fornecido por política pública, se existe medicamento similar que é fornecido pelo SUS, se o médico que receitou o alimento especial é integrante do SUS e se o medicamento foi solicitado pela via administrativa antes da esfera judicial.

Ao analisar o princípio da reserva do possível, verifica-se uma grande dificuldade em delimitar seus contornos, principalmente nos autos dos processos analisados, visto que não é plausível comprovar todo o orçamento público destinado às políticas públicas da saúde, e em todas as esferas dos entes federados chamados ao processo. Porém, “o reconhecimento dos direitos sociais nesses casos não ocorreu em razão de disponibilidade de recursos, mas em razão da responsabilidade dos entes estatais em alocar recursos para a sua efetivação”⁴⁹³.

Dessa feita, entende-se que a reserva do possível não é um princípio ou regra, acreditando ser um elemento externo de restrição ao direito fundamental e que participa como um elemento auxiliar da máxima da proporcionalidade, concordando com esse entendimento estão Olsen⁴⁹⁴ e Araújo⁴⁹⁵.

Depreende-se que a reserva do possível será aplicada como elemento externo para estimar o grau de satisfação e de restrição durante a ponderação dos princípios de Alexy. Assim, conclui-se que o direito à saúde é um direito fundamental e como tal possui caráter de norma programática, considerado um direito com posição fundamental *prima-facie*. Para tanto, para medir o seu grau de intensidade e de realização, a reserva do possível entra para limitar tal direito fundamental. O uso indiscriminado desse limite é restringido pela máxima da proporcionalidade, que no caso do direito à saúde é o mínimo existencial e o direito à vida.

Por fim, o exame da proporcionalidade aplicada pelos juízes no direito à saúde, no caso concreto, visa verificar se a ponderação feita anteriormente pelo legislador está correta quando da formulação da norma. “O resultado é sempre posterior e definitivo. O problema é que não se pode afirmar com segurança

⁴⁹³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 2008. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php.html>>. Acesso em: 10 ago. 2017. p. 208.

⁴⁹⁴ Idem.

⁴⁹⁵ ARAÚJO, 2015.

absoluta que a ponderação jurisdicional deve prevalecer sempre sobre a ponderação legislativa”⁴⁹⁶. Assim, as decisões judiciais possuem grande responsabilidade pública, visto que todos os envolvidos na demanda, procuradores, comunidade jurídica e sociedade, conhecerão as razões pelas quais o juiz ou o colegiado decidiram a questão no caso concreto, sendo essas razões fundamentais para a imparcialidade e universalidade.

O que foi verificado é que os juízes aplicam a ponderação, porém não apresentam em suas decisões, com o devido ônus argumentativo, a demonstração de por que se afastou um princípio no caso em estudo, e por que o outro princípio deve prosperar, confirmando a razoabilidade e a proporcionalidade aplicada da sentença.

4.6 A AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE SAÚDE Nº 4, O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A IMPORTÂNCIA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ATENDIMENTO DAS DEMANDAS SOBRE ALIMENTOS ESPECIAIS (LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO - LEI Nº 13.146/15)

As grandes demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, particularmente as referentes à solicitação de fornecimento de medicamentos, alimentos especiais e tratamentos, despertaram no STF grande preocupação, e que havia a necessidade de ouvir os especialistas, juízes, promotores, associações de pacientes e membros das três esferas dos entes federativos para que se procurasse dimensionar os assuntos e as possibilidades de atendimento das aspirações e necessidades dos cidadãos brasileiros, respeitando as normas jurídicas. Nesse sentido, o STF decidiu realizar uma audiência pública para tratar especificamente sobre a saúde, em 2009.

O CNJ também desenvolveu um trabalho de importância na melhoria da saúde, fruto da referida audiência pública e dos anseios da sociedade e dos operadores do direito, culminando com a publicação de algumas Resoluções tratando sobre o tema.

⁴⁹⁶ GAVIÃO FILHO, 2010. p. 352.

Por derradeiro, será apresentada a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, particularmente os pontos que envolvem os portadores de doenças que necessitam de fórmulas nutricionais.

4.6.1 A audiência pública do STF sobre a judicialização da saúde (Audiência nº4)

O Ministro do STF Gilmar Mendes convocou uma Audiência Pública para tratar do tema Saúde, de acordo com o art.13, inciso XVII, do Regimento Interno do STF, com o propósito de ouvir a opinião de pessoas especialistas e autoridades em matéria de SUS, para esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde.⁴⁹⁷

A Audiência ocorreu em seis dias, 27, 28 e 29 de abril; 4, 6 e 7 maio de 2009. Nessa audiência, foram tratados os seguintes temas: a) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; b) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; c) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existente; d) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; e) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; f) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.⁴⁹⁸

Apresentar-se-á um resumo dos assuntos debatidos por dia de audiência com os principais assuntos discutidos e posteriormente uma conclusão sobre quais foram os reflexos na jurisprudência e nas demandas judiciais sobre o tema.

⁴⁹⁷ STF. Supremo Tribunal Federal. **Home**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 fev. 2018. p. 1.

⁴⁹⁸ STF. Supremo Tribunal Federal. **Cronograma**. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=cronograma>>. Acesso em: 12 fev. 2018. p. 1.

No primeiro dia participaram da sessão representantes do STF (Min. Gilmar Mendes), do MPF, da AGU, da DPU, do Ministério da Saúde, do Conselho Federal da OAB, da Associação dos Magistrados do Brasil e da PUC/RS (Ingo Wolfgang Sarlet) que trataram sobre o acesso às prestações de saúde no Brasil e os desafios do Poder Judiciário. A discussão sobre o Poder Judiciário efetivar o direito à saúde culminou com o reconhecimento, pela maioria, da legitimidade na atuação de demandas individuais devido à omissão da Política Pública da Saúde. Destacaram a importância do laudo médico detalhado e que deve ser lavrado por médico do SUS, salvo algumas situações excepcionais. Houve discussão sobre a reserva do possível, a questão sobre o bloqueio das verbas públicas para cumprimento de decisões judiciais e abordagens sobre o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA e dos procedimentos médicos experimentais e o aperfeiçoamento das políticas públicas.⁴⁹⁹

No segundo dia, contou com a participação do CNS, Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, do MS, da Secretaria da Saúde do Amazonas, da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, da Procuradoria do Município de Cuiabá, da Fundação Oswaldo Cruz e da DPU. O assunto em pauta foi a responsabilidade dos entes da Federação e tratou também do problema do financiamento da Saúde, constatando-se a sobrecarga dos municípios com os serviços de saúde, necessitando de mais repasses de verbas. Constataram que a condenação solidária dos Entes, por vezes, causava duplicidade devido ao cumprimento da decisão judicial por ambos. Foram debatidas as soluções para os problemas do SUS, como a criação dos protocolos e a importância das suas atualizações e a necessidade de uma maior prudência e desvelo por parte dos juízes ao examinar os pedidos, preferencialmente compartilhando a construção das decisões com apoio de médicos, nutricionistas e especialistas.⁵⁰⁰

No terceiro dia, a reunião contou com a participação de representantes do Hospital do Coração de São Paulo, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, da Associação Nacional do Ministério Público de Contas, da DPU, da Associação Nacional do MP de Defesa da Saúde, da Confederação Nacional dos Municípios, do MS e da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo. A Audiência tratou sobre a

⁴⁹⁹ STF, 2009. p. 1.

⁵⁰⁰ Idem.

gestão, a legislação do SUS e a universalidade do sistema. Constatada pelos presentes a necessidade de regulamentar o aprimoramento das políticas públicas, por meio da Emenda Constitucional nº 29/00. Houve a crítica do Poder Judiciário em relação às demandas coletivas na área da saúde, bem como destacou-se a importância das ações civis públicas e uma maior relação entre os órgãos públicos, apresentando como exemplo uma boa prática ocorrida entre a Defensoria Pública Estadual e a Secretaria de Saúde, ambos de São Paulo, que obtiveram um grande resultado de solucionar na esfera administrativa as demandas de saúde. Por fim, destacaram a importância da escolha do medicamento de menor custo, desde que atenda à cura do paciente; a propositura de editar novas leis para definir as obrigações, competências e responsabilidades nos serviços de saúde; a reforma do pacto federativo, particularmente quanto ao financiamento do SUS e as carências dos municípios; a reclamação de solicitação de produtos por marca; a impossibilidade do SUS encaminhar para o exterior pacientes para realizar tratamentos; e por derradeiro, o tema em voga das fraudes e corrupção envolvendo o fornecimento de medicamentos.⁵⁰¹

No quarto dia, participaram dos debates membros da ANVISA, do Conselho Federal de Medicina, do Grupo Hipupiara Integração e Vida, da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP, da UFRGS e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, MS, da Procuradoria do Estado do RS (Janaína Barbier Gonçalves), do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário (Sueli Gandolfi Dallari) e do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do MP dos Estados e da União. Nesse dia, a audiência tratou sobre o registro de medicamentos e insumos da ANVISA e dos Protocolos e Diretrizes terapêuticas do SUS. O Min. Gilmar Mendes destacou que não são raros os casos de solicitação de medicamentos e alimentos especiais por médicos credenciados junto ao SUS que não são registrados na ANVISA, tampouco são recomendados pelos protocolos terapêuticos do SUS. Confirmaram a importância fundamental dos novos tratamentos terem comprovadas a sua qualidade e eficiência na cura da doença. O debate firmou três entendimentos distintos: a) Os Entes Federados entendem que só devem fornecer medicamentos/alimentos especiais se estiverem aprovação da ANVISA; b) A Classe

⁵⁰¹ STF, 2009. p. 1.

Médica entende que é importante o registro, mas não imprescindível; c) o MP entende que só é aceitável fornecer os produtos com aprovação da ANVISA pelo risco que causa devido a não possuir segurança terapêutica comprovada.⁵⁰²

No quinto dia, contou com as presenças de representantes do MS, da Justiça Federal, do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (Luís Roberto Barroso), da Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos, da ONG Conectas Direitos Humanos, da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar e da Faculdade de Medicina da USP e Hospital Sírio-Libanês. Assunto em pauta – as políticas públicas de saúde e a integralidade do sistema – as discussões foram sobre a ponderação sobre o direito à saúde e a necessidade de equilíbrio baseado no mínimo existencial, descartando os procedimentos experimentais e priorização de medicamentos encontrados no Brasil. O Min. Barroso afirmou que “não se deve impedir, peremptoriamente, as demandas individuais, desde que estejam em causa situações de risco iminente de morte ou grave lesão à saúde”⁵⁰³. Como proposta foi apresentada a possibilidade de flexibilização da proteção das patentes dos medicamentos, que isso reduziria o custo e garantiria a universalidade e integralidade do SUS.

No sexto e último dia, participaram da audiência enviados da Associação Brasileira de Mucopolissacarídeos, da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose, da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, da Universidade do Estado de São Paulo e de Campinas, do MS, do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos, da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica e do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Débora Diniz). O evento discutiu a política farmacêutica do SUS. A maioria das entidades partícipes reclamaram da lista de medicamentos do SUS por estar totalmente ultrapassada, não abarcando os medicamentos excepcionais para doenças raras.⁵⁰⁴

⁵⁰² VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires Camargo. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, 2010. p. 13-31.

⁵⁰³ VALLE; CAMARGO, 2010. p. 14.

⁵⁰⁴ Idem. p. 21.

Por fim, a Audiência nº 4 foi fundamental para o progresso do direito à saúde, fruto da participação do *amicus curie*, que culminou com um maior conhecimento do assunto, dos anseios dos cidadãos, das dificuldades dos entes públicos e, por parte dos magistrados, uma visão global da problemática e uma melhor participação do CNJ no direito à saúde, conforme será explanado a seguir.

4.6.2 O Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

O Conselho Nacional de Justiça foi criado pela Emenda Constitucional n. 45, em 14 de junho de 2005, como principal ponto da reforma do Poder Judiciário visando monitorar as ações judiciais, como foco na melhoria da gestão e na criação de um planejamento estratégico e a instituição de metas aos tribunais e magistrados, demonstrando assim transparência nos Tribunais.⁵⁰⁵

Sua atuação na área da saúde iniciou-se em 2009, por ocasião da solicitação pelo STF de uma audiência pública para tratar do assunto, sendo que participaram do debate sobre saúde mais de 50 especialistas que apresentaram subsídios para a Corte Suprema. Sobre o tema, o CNJ criou um grupo de trabalho com o objetivo de propor medidas concretas e normativas para as demandas jurídicas que tratam sobre assistência à saúde. O grupo de trabalho levantou as seguintes problemáticas sobre o direito à saúde: a) o elevado número de processos judicializados sobre o tema; b) o alto valor econômico envolvido nas decisões impactando de maneira vultosa o orçamento público; c) a importância do assunto por envolver a segurança de uma vida digna aos cidadãos; d) a carência de informações especializadas e clínicas para os magistrados sobre as doenças em análise; e) a necessidade do medicamento ao ser comercializado passar por uma análise prévia e registro na Anvisa, conforme previsto na Lei nº 6.360/76 e nº 9.782/99; f) as reivindicações dos gestores do SUS que solicitam ser ouvidos pelo magistrado antes de sentenciar; e g) a importância de manutenção da eficiência do SUS.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **10 anos CNJ**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/10-anos-cnj>>. Acesso em: 04 mar. 2018. p. 1.

⁵⁰⁶ GEBRAN NETO; SCHULZE, 2015. p. 79.

Tal fato culminou com a edição da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, que orientou aos Tribunais a adoção de medidas para melhor subsidiar os juízes e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.⁵⁰⁷

Logo após, o CNJ resolveu criar o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução de demandas de assistência à saúde – Fórum da Saúde, pela Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010, com os objetivos de monitorar as demandas judiciais sobre prestações de assistência à saúde, propor medidas concretas e normativas para a otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas, medidas voltadas para a prevenção de conflitos judiciais e de estratégias para as questões envolvendo a saúde. Em seu art. 3º a presente Resolução determinou a criação de Comitê Executivo Nacional para controle e execução das ações sobre a saúde. Atualmente o Comitê Executivo Nacional é composto por um juiz auxiliar da Presidência, juízes com atuação na área, integrante do Ministério da Saúde, pela ANS, pela Anvisa, pelo Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde e pelo Conass e por especialistas.⁵⁰⁸

Outro grande legado do CNJ é a criação nos Núcleos de Apoio Técnico(NAT) integrados por especialistas da área médica, farmacêutica, assistência social e por integrantes das Secretarias de Saúde dos Estados e Municípios, com a missão de apoiar os juízes nas demandas sobre saúde. Dentre suas tarefas, estão avaliar os medicamentos solicitados se estão registrados na ANVISA, proferir análise sobre a eficácia dos medicamentos e orçamento de valores e o custo-efetividade do tratamento.⁵⁰⁹

Por derradeiro, as NATs apresentam-se como uma excelente ferramenta de auxílio aos magistrados e ao direito à saúde, trazendo diversas práticas, como por exemplo os Enunciados, Cartilhas Informativas, mutirões de conciliação e a especialização de varas de saúde pública, criadas em 20 de agosto de 2013, pela Recomendação nº 43 do CNJ.

⁵⁰⁷ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 650**, de 20 de novembro de 2009. Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/11896:portaria-n-650-de-20-novembro-de-2009>>. Acesso em: 08 fev. 2018. p. 1.

⁵⁰⁸ GEBRAN NETO; SCHULZE, 2015. p. 82.

⁵⁰⁹ Idem. p. 83.

4.6.3 O estatuto da pessoa com deficiência (Lei Brasileira de Inclusão - Lei nº 13.146/15)

A Lei Brasileira de Inclusão, criada em 2015 e que passou a vigorar em janeiro de 2016, foi criada com base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificados pelo Congresso Nacional. A lei surgiu com o propósito de especificar e garantir todos os direitos do cidadão brasileiro com deficiência visando assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais.⁵¹⁰

Dessa feita, apresentou-se como mais uma lei que determina o fornecimento de alimentos especiais pelo Estado, nos casos abarcados pela regra. Em seu art. 18, §4º, inciso XI, afirma que “as ações e serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar a oferta de próteses, meios auxiliares de locomoção, medicamentos, insumos e fórmulas nutricionais, conforme as normas vigentes do Ministério da Saúde”⁵¹¹.

Cabe asseverar que, em seu art. 2º, §1º, está expressamente escrito que a avaliação da deficiência, será biopsicossocial, sendo proferida por uma equipe multifuncional e interdisciplinar, devendo considerar: os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho da atividade; e a restrição de participação. Por essa regra, existe uma grande possibilidade de enquadrar os pacientes portadores de APLV, fenilcetonúria, doença celíaca, dentre outras que envolvem alergias alimentares e distúrbios metabólicos, como portadores de deficiência. Sendo assim, o Estado deve garantir o fornecimento de insumos e fórmulas nutricionais de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Cabe destacar sobre o Estatuto em questão, a audiência pública ocorrida na Câmara dos Deputados, promovida pela Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência da própria Câmara, que tratou sobre os alimentos

⁵¹⁰ BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015b. Lei Brasileira de inclusão. Estatuto da pessoa com deficiência. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 1.

⁵¹¹ Idem. p. 1.

especiais. Uma das reivindicações foi que as pessoas com essas disfunções necessitam das fórmulas nutricionais que são ofertadas por poucos programas de saúde da rede pública. Outro debate foi o questionamento ao presidente da Associação Brasileira da Indústria de Alimentos para fins especiais (ABIAD) sobre o motivo de não existir uma produção no País, alegando que a matéria-prima é cara e a produção é em baixa escala, não sendo interessante e viável economicamente no Brasil. O Presidente da ABIAD sugeriu a isenção fiscal na importação e a criação de uma cesta básica de alimentos especiais para distribuição, formulada adequadamente para atender às restrições das doenças, além de encaminhar a lista com os produtos para o MS e ANVISA. Por derradeiro, o Deputado Federal Mandetta (DEM-MS) defendeu que o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) estabelecesse a isenção tributária desses alimentos especiais, propondo que a comissão enviasse um requerimento de informação ao Ministério da Saúde, para que o órgão se posicionasse sobre a oferta dos referidos alimentos especiais, elaborando uma lista a ser enviada ao CONFAZ para que, posteriormente, o representante da Coordenação-Geral de Alimentação e Nutrição do Ministério da Saúde e a ANVISA colaborassem para uma futura proposição de isenção de impostos para esse fim pelo Poder Legislativo.⁵¹²

Dessa forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência surgiu como uma excelente lei de inclusão atendendo às demandas dos portadores. A conclusão é a de que, se comprovados por avaliação a deficiência dos pacientes portadores de doenças alérgicas e de metabolismo, ambos possuem o direito firmado por lei de receber os alimentos especiais, desde que receitados por médico e/ou nutricionista.

⁵¹² CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Familiares reivindicam acesso a alimentos especiais para disfunções genéticas-2**. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/noticias/familiares-reivindicam-acesso-a-alimentos-especiais-para-disfuncoes-geneticas-2>>. Acesso em: 22 fev. 2018. p. 1.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, verificou-se que existe uma dificuldade terminológica sobre os alimentos especiais, mas que, de maneira geral, isso não interfere na efetivação judicial. O problema está na esfera administrativa, no entendimento do Ministério da Saúde, que persiste em afirmar que alimentos especiais não são medicamentos. Essa visão distorcida é amplamente combatida nas decisões judiciais que dão ganho de causa às partes solicitantes de alimentos especiais, por entenderem que são medicamentos, e como tal, devem ser garantidos por políticas públicas do SUS.

Corroborando com esse entendimento, ficou comprovado no trabalho que já existem Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas atestando a necessidade de fornecimento de fórmula alimentar para a doença celíaca. O protocolo é o instrumento de concretização para o fornecimento de alimentos especiais, pela via administrativa.

No estudo do direito à alimentação, verificou-se que a Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN) estabeleceu o conceito dos alimentos para fins especiais e definiu como prerrogativa para o fornecimento a inclusão nos protocolos e diretrizes. A PNAN estipula a obrigatoriedade do fornecimento dos alimentos especiais pelo Estado conforme está tipificado em seu ordenamento. A conclusão é que falta o interesse do Ministério da Saúde em criar novos protocolos e diretrizes visando atender às doenças que estão fora da lista e necessitam de alimentos especiais para a sua cura.

As políticas relativas à alimentação no Brasil não focam as doenças alérgicas, de metabolismo ou gastrointestinais, mas sim o combate à fome, procurando desenvolver políticas públicas mais genéricas, como o Bolsa-Família, a fiscalização da qualidade dos alimentos e a alimentação escolar.

O SUS é o órgão designado constitucionalmente para garantir o direito à saúde, conforme descrito nos artigos 6º e 196 a 200 da CF/88, bem como na Lei 8.080/90, que trata sobre a saúde, e na Lei nº 8.142/90. Nesse sentido, deve o SUS exercer um conjunto de ações e serviços de saúde, para promover, prevenir, curar e reabilitar mediante políticas públicas.

Das dificuldades levantadas no SUS, estão: a falta de gestão, os desvios, a corrupção, a falta de conhecimento técnico por parte de magistrados, e a omissão de utilizar ferramentas técnicas que podem colaborar com a decisão judicial. A idealização da CONITEC para criar, revisar e revogar os Protocolos Clínicos e Diretrizes, além de revisar e atualizar a lista da Relação Nacional de Medicamentos, apresentou-se como um grande avanço para a saúde.

A atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde mostrou-se uma ferramenta eficaz, apesar de algumas críticas suscitadas, devido à inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em atender às demandas do povo. A Constituição resguarda o Judiciário como seu guardião, sendo encarregado por zelar pelo fiel cumprimento dos direitos fundamentais.

Das demandas judiciais estudadas, verificou-se o estabelecimento de critérios técnicos de análise para a aceitação de pedido judicial. A hipossuficiência da família do requerente é um requisito que, se não ficar comprovado nos autos, certamente vai configurar o pedido improcedente, haja vista que a família tem a obrigação de alimentar seu filho, conforme está tipificado no art. 227 da CF/88.

A finitude dos recursos orçamentários é um grave problema que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo resolverem. O diálogo entre os Poderes é fundamental para se corrigir o financiamento da saúde mediante a implementação por instrumentos que possibilitem um fluxo de caixa entre os entes federados, visto que ambos possuem responsabilidade solidária no que se refere à saúde.

A reserva do possível, apesar de delimitar o alcance do direito fundamental à saúde, como no caso da falta de comprovação da hipossuficiência, não pode atingir o “núcleo duro” do direito fundamental, qual seja o mínimo existencial.

O estudo da subsunção, no caso das regras, e da ponderação, no caso de colisão de princípios fundamentais, apresentou a existência de técnicas racionais de aplicação no caso concreto, capaz de chegar a uma decisão razoável e proporcional.

A efetivação do direito à alimentação especial por via judicial não está implementando novas políticas públicas, pois como visto estas já existem, o que falta é a sua concretização. Essa omissão desperta no paciente o direito subjetivo ao fornecimento do alimento especial, por não integrarem os produtos demandados a

lista do SUS, escorados na garantia do mínimo existencial. Verificou-se também que inexistente na legislação brasileira uma padronização sobre o que são políticas públicas, mas somente que elas são instrumentos de efetivação de direitos fundamentais sociais.

O argumento da reserva do possível surgiu na Alemanha; ao ser aplicado no Brasil, verificou-se que causa diversas divergências, devido à grande dificuldade de quantificá-lo no caso concreto. Posto isso, chegou-se à conclusão de que a reserva do possível não é uma regra, tampouco um princípio, mas um elemento externo que restringe um direito fundamental social devendo ser aplicada na máxima da proporcionalidade para medir os graus de satisfação e restrição.

A justificativa para não se aplicar o direito à saúde no caso deve restar argumentada pelo magistrado, demonstrando o motivo do afastamento daquele princípio, comprovando na sua decisão os requisitos da razoabilidade e da proporcionalidade observados e ponderados no caso concreto.

A audiência pública sobre saúde nº 4 do STF foi um grande avanço relativo ao estudo do direito à saúde, dialogando com especialistas, profissionais da área médica e nutricional, membros de todas as áreas jurídicas e dos entes federados, além de associações das pessoas necessitantes desses alimentos especiais.

A criação do Conselho Nacional de Justiça e sua participação ativa nas causas da área da saúde culminaram com diversas Resoluções que criaram grupos de trabalhos, Fóruns, Comitês, Núcleos de Apoio Técnico, Enunciados, cartilhas e as Varas especializadas em saúde pública nos Tribunais, favorecendo, assim, um maior número de decisões judiciais razoáveis e proporcionais.

O Estatuto da Pessoa com deficiência estabeleceu expressamente a obrigatoriedade de acesso às fórmulas nutricionais, porém não incluiu todos os alimentos especiais, ficando assim uma dúvida interpretação.

Por fim, conclui-se que o mínimo existencial deve ser efetivado no direito à saúde para garantir o fornecimento de alimentação especial, sempre que ficar comprovado o risco de morte ou de grave ameaça à saúde do solicitante. A solução é complexa visto que integram diversas condicionantes, como o orçamento público, a gestão da saúde, o combate à corrupção, os desvios e superfaturamento de obras e as prioridades de governo. A resposta indicada é o diálogo entre os Poderes,

Entes da Federação, e a sociedade, procurando a priorização da municipalização da saúde e uma melhor especificação das responsabilidades para a União, Estados e Municípios.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999. Colocar com nota
- ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas. **Jürgen Habermas**, v. 80, p. 119-139, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. aufl. Frankfurt AM Main: Suhrkamp, 1996.
- ALMEIDA, D. L. Alimentação adequada como direito fundamental: desafios para garantir a efetivação. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, Bahia, v. 5, n. 14, out. 2012. Disponível em: <<http://reid.org.br/arquivos/REID-014.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2018.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp, 1999.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- ANDREWS, Christina W. Os conceitos de burocracia e burocratização: teoria da modernidade e a condição periférica. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 34., 2010, Caxambu. **Anais...** Caxambu: APNPOCS, 2010. Disponível em: <<http://www.anpocs.org>>. Acesso em: 28 nov. 2015.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2010.
- ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005.
- ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o ministério público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999.

ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de. **Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2015.

AURÉLIO. **Dicionário**. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

BADZIAK, Daniela *et al.* Dermatose perfurante adquirida associada à insuficiência hepática em paciente transplantado de fígado Acquired perforating dermatosis associated with hepatic failure in a liver-transplanted patient. **Na Bras Dermatol**, v. 82, n. 1, p. 53-56, 2007.

BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 59, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Teshis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-18, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BEURLIN, Alexandra. **Direito humano à alimentação no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

BITENCOURT, Caroline Muller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política nacional de alimentação e nutrição**. 1. ed. 1. reimpr. Brasília, 2013.

BRASIL. Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014. Institui a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprova as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e institui incentivos financeiros de custeio. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2014.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015b. Lei Brasileira de inclusão. Estatuto da pessoa com deficiência. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. **Portaria nº 1.149**, de 11 de novembro de 2015a. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, 2015. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2015/novembro/12/MINUTA-de-Portaria-SAS-PCDT-Doen--a-Cel--aca-ATUALIZADO-09-11-2015.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BURIT, Valéria *et al.* **Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional**. Brasília: ABRANDH, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Familiares reivindicam acesso a alimentos especiais para disfunções genéticas-2**. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/noticias/familiares-reivindicam-acesso-a-alimentos-especiais-para-disfuncoes-geneticas-2>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, Marcus Gomes; CORREIA, Érica Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANUT, Leticia. Uma breve introdução ao SUS para compreensão do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 186-214, jul./dez. 2012.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CESARE, Paula Paschoal di. Os direitos à educação e à alimentação adequada como determinantes sociais da saúde. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 97, set./out. 2016. Disponível em: <[https://dspace.almg.gov.br/retrieve/110870/Paula% 20Paschoal% 20Di%20Cesare.pdf](https://dspace.almg.gov.br/retrieve/110870/Paula%20Paschoal%20Di%20Cesare.pdf)>. Acesso em: 08 fev. 2017.

CHAPMAN, J. A. *et al.* **Food allergy**: a practiceparameter. *Annals of allergy, asthma & immunology*, v. 96, n. 3, p. S1-S68, 2006.

CHIEFFI, Ana Luíza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações Judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Revista de Saúde Pública**, v. 44, n. 3, p. 421-429, jun. 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.14, n. 54, p. 28-39. jan./mar. 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **10 anos CNJ**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/10-anos-cnj>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria n° 650**, de 20 de novembro de 2009. Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/11896:portaria-n-650-de-20-novembro-de-2009>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSEA. Conselho Nacional de Segurança Alimentar. **Indicadores e monitoramento da Constituição Federal de 1988 aos dias atuais**. A segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada no Brasil. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **A not withst and ingcla use e a constituição do Canadá**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, 2010/2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como Norte para o desenvolvimento do Direito à Saúde no Brasil. In: CIRCUITO DE DEBATES ECONÔMICOS DO IPEA, 1., 2011, Brasília. **Anais...** Brasília: CODE, 2011.

- DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, v. 22, p. 57-63, 1988.
- DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde pública e seus limites constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2012.
- DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 14, n. 54, p. 7-11, 1986.
- DELDUQUE, Maria Célia; SILVA, Alessandra Barreto. **O direito fundamental à alimentação nos tribunais: uma análise**. Rio de Janeiro: Demétria, 2014.
- DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DI CESARE, Paula Paschoal. Os direitos à educação e à alimentação adequada como determinantes sociais da saúde. **Revista de Direito Constitucional e Internacional [recurso eletrônico]**, v. 97, 2016.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009.
- DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1977/1978.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. 1985 e 1994. Madrid: Civitas, 2006.
- ERHARDT, Caroline. **O direito humano à alimentação adequada como direito fundamental**. Curitiba: Editora da PUC/PR, 2015.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. **Princípios e positivismo jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- FLORENZANO, Vincenzo. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, p. 39-50, jan./mar. 2005.
- FREITAS, Daniela Milanez. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de Direito Administrativo**, v. 237, p. 197-222, 2004.
- GALEAZZI, Maria Antonia Martins; DOMENE, Semiramis M. Alvares; SICHIERI, Rosely. Estudo multicêntrico sobre consumo alimentar. **Caderno de Debate**, n. especial, 1997.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Direito humano à alimentação adequada e responsabilidade internacional. **Revista Semina: Ciências Sociais e Humanas**, Londrina, v. 30, n. 1, p. 53-70, 2009.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. **Academia Brasileira de Direito [online]**, São Paulo, fev. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/16694>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

GIOVANELLA, Lígia. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do MERCOSUL na perspectiva dos secretários de saúde. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, suplemento 2, p. S251-S226, 2007.

GONÇALVES, Ruth Adriane Marques. **Avaliação das informações sobre assistência farmacêutica em sítios governamentais**. Porto Alegre: [s.n], 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Editora da UFC, 1989.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**: com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HEIMBURG, Anderson Von. **Direito à prestação de alimentos para satisfação de necessidades alimentares especiais no Sistema Único de Saúde**. 2014. Dissertação (Mestrado) – Uniritter Laureate International Universities, Porto Alegre, 2014.

HENKIN, Louis. **The rights of man today**. Nova York: Columbia University Press, 1988.

HESSE, Konrad. Significado de losderechosfundamentales. In: BENDA, Ernst *et al.* **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1994.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIEBERT, Janet. **Charter conflicts: what is the parliament role?** Montreal & Kingston: McGill: Queen's University Press, 2000.

HISCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n.2, p. 721, 2006.

IDEIAS na mesa. **Educação alimentar e nutricional: uma estratégia para a promoção do direito humano à alimentação adequada**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento social e Combate à Fome, 2014.

JACCOUD, Luciana; HADJAB, Patrícia Dario El-Moor; CHAIBUB, Juliana Rochet. **Assistência social e segurança alimentar: entre novas trajetórias, velhas agendas e recentes desafios (1988-2008)**. 2009. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4350>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN: extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Berlín: Kohrad Adenauer Stiftung, 2009. Disponível em: <www.sitioswwwweb.com/miguel/kas_16817-544-4-30.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

KELBERT, Fabiana. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KWAK, N.; JUKES, D. J. Functional foods part 2: the impact on current regulatory terminology. **Food Control**, v. 12, p. 109-117, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005/ Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS**. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura; Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. **O estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Rogério Gesta; RITT, Caroline Fockink. **A judicialização da saúde e as práticas corruptivas**. Santa Cruz: Editora da EDUNISC, 2015.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LISBOA, Renata Cardoso. Direito humano à alimentação adequada. **Revista Eletrônica de Direito**, Belo Horizonte, n. 21, out. 2013. Disponível em: <npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1464>. Acesso em: 17 mar. 2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado de governo**: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2007.

LUGO, Victor Currea. **La salud como derecho humano**. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MATTAR, Rejane; FERRAZ, Daniel. Intolerância à lactose: mudança de paradigmas com a biologia molecular. **Revista Eletrônica da Associação Médica Brasileira**, v. 13, supl. 1, 2010. Disponível em: <<http://scielo.br/pdf/icse/v13s1/a28v13s1.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Promoção da saúde e da alimentação adequada e saudável**. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_promocao_da_saude.php>. Acesso em: 14 fev. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas – PCDT**. 2017. Disponível em: <<http://portals.saude.gov.br/protocolos-e-diretrizes>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas**. Brasília, 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Relação nacional de medicamentos essenciais - RENAME**. Brasília, 2017.

MONTESQUIEU, C. S. O. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAIS, Fernanda; COLLA, Luciane. Alimentos funcionais e nutracêuticos: definições, legislação e benefícios à saúde. **Revista Eletrônica de Farmácia**, Rio de Janeiro, n. 2082, 2006. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/REF/article/view/2082>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

NASCIMENTO, Renato Carvalheira do *et al.* **Avanços e desafios da implementação do direito humano à alimentação adequada no Brasil**: relatório técnico. Brasília; Rio de Janeiro: ABRANDH; CERESAN; FAO-RLC/ALCSH, 2009.

NOONAN, W. P.; NOONAN, C. Legal requirements for “funcional foods’ claims. **Toxicology Letters**, Netherlands, v. 150, p. 19-24, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal. **A cidadania social na constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009.

NUNES, Frederico Henrique Salles. Comunicação interventricular, doença metabólica e nutrição: relato de caso. **Revista da Sociedade de Cardiologia do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 112-116, 2009. Disponível em: <http://sociedades.cardiol.br/socerj/revista/2009_02/a2009_n02_rcas02Frederico.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

OLIVEIRA, Fabiano Henrique de. **Efetivação dos direitos fundamentais sociais e a proibição da não-suficiência**. 2007. Monografia (Especialização)- Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <www.esmafe.org.br/web/trabalhos/fabiano_henrique.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2018.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. **Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público**. Curitiba: Juruá, 2015.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 2008. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php.html>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ONU. Organizações das Nações Unidas do Brasil. **Humanos, declaração universal dos direitos**. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 18 mar. 2018.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. 2007. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2018.

PACHECO, Maria Emília Lisboa. **11 anos da lei de segurança alimentar e nutricional**: hora de lembrar, celebrar e protestar. Brasília: Conselho Nacional de Segurança Alimentar (CONSEA), 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Patrícia Brasil; SILVA, Cristiane Pereira da. Alergia à proteína do leite de vaca em crianças: alergia a proteína do leite de vaca em crianças, repercussão da dieta de exclusão e dieta substitutiva sobre o estado nutricional. **Pediatria**, São Paulo, v. 30, n. 2, p. 100-106, 2008. Disponível em: <<http://www.pediatrasiapaulo.usp.br/upload/pdf/1258.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Concepto e concepción de los derechos humanos**. Doxa: Alicante, 1987. (Documento n. 4)

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PINHEIRO, A. **Reflexões sobre o processo histórico e político de construção da lei orgânica de segurança alimentar e nutricional**: segurança alimentar e nutricional. São Paulo: Campinas, 2008.

PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araujo de. **Razões públicas para a integralidade em saúde**: o cuidado como valor. Rio de Janeiro: IMS/UERJ; CEPESC; ABRASCO, 2007.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/sur/revista_sur_01.pdf#page=20>. Acesso em: 17 mar. 2018.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle social. 2013. 270f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

PIZA, Paulo Toledo. **Fraude com remédios desvia R\$ 63mi e deixa 3 pessoas tuberculosas em SP**. 2010. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/foha/cotidiano/ult95u440243.shtml>. Acesso em: 19/01/2017.

PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS FENILCETONÚRIA. Portaria SAS/MS nº 1.307, de 22 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/02/pcdt-fenilcetonuria-livro-2013.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. O reconhecimento do direito à alimentação adequada à luz dos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 19, n. 153, out. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leituraartigo_id=17970revista_caderno=9>. Acesso em: 05 maio 2017.

REIS, Cristina V. S. *et al.* Glicogenose tipo I. **Jornal de Pediatria da Sociedade Brasileira de Pediatria**, v. 75, n. 4, 1999. Disponível em: <<http://www.jpmed.com.br/conteúdo/99-75-04-227/port.asp>>. Acesso em: 10 set. 2017.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. **Direito fundamental à alimentação**: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, ago. 2009.

ROBERFROID, M. Functional food concept and its application to prebiotics. **Digestive and Liver Disease**, v. 34, Supl. 2, p. 105-10, 2002.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.

SAMPAIO, Nícia Regina. **A saúde como direito fundamental no estado social de direito**. 2003. 89f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003. Disponível em: <http://mpes.gov.br/conteudo/centralapoio/conteudo5.asp?cod_arquivo=39&cod_centro=6>. Acesso em: 23 ago. 2017.

SANTOS, Berenice Lempek. **Glicogenose tipo I**: caracterização clínico-laboratorial de pacientes atendidos em um ambulatório de referência em erros inatos do metabolismo. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

SANTOS, Lenir. **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

SANTOS-ANTUNES, João; FONTES, Rui. A glicogenose tipo I: disfunção do complexo glicose-6-fosfatase. **Arquivo de Medicina**, Porto, v. 23, n. 3, p. 109-117, jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009c.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à vida na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, p. 01-22, 2002b.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia, efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, p. 125-172, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição do retrocesso social no Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, n.3, p. 116-149, jul./set. 2009d.

SARMENTO, Daniel. **Os direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade? In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Orgs.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: anotações nucleares. 8. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Fundación Konrad AdenauerStiftung, 2006.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional: anotações nucleares**. 8. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002b.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 789, p. 23-50, abr. 2002a.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SOLÉ, Dirceu; SILVA, Luciana; FILHO, Nelson A. Rosário. Consenso Brasileiro sobre Alergia Alimentar: 2007. **Revista Brasileira de Alergia e Imunopatologia**, v. 31, n. 2, p. 64-89, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

SOUZA, Autalselina Stephan de *et al.* Política de medicamentos: da universalidade de direitos aos limites da operacionalidade. **Revista de Saúde Coletiva**, v. 19, n. 4, p. 1111-1125, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S0103-73312009000400011>. Acesso em: 07 fev. 2018.

STEPHEN, Holmes; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on Taxes**. New York and London: W.W. Norton, 1990.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública**. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Cronograma**. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=cronograma>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Home**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEIXEIRA, Iris Catarina Dias. **Direito social à saúde e ativismo judicial: gerenciamento das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

TESSLER, Marga Inge Barth. O direito à saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista Direito Federal**, Brasília, n. 67, p. 21-37, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TREVISAN, L. M. *et al.* Access totreatment for phenylketonuriaby judicial means in Rio Grande do Sul. **Ciência Saúde Coletiva**, v. 20, n. 5, p. 1607-1616, 2015.

TRINDADE, Cancado. **Seminário de direitos humanos das mulheres: a proteção internacional**. 2014. Disponível em: <http://WWW.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cncado_Bob.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Relatório brasileiro para a cúpula mundial da alimentação: Roma, novembro 1996. In: DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires Camargo. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 13-31, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.

WANG, Julie; SAMPSON, Hugh A. Food allergy: recent advances in pathophysiology and treatment. **Allergy, asthma & immunology research**, v. 1, n. 1, p. 19-29, 2009.

WEICHERT, Marlon Alberto. Direito à saúde, sistema único de saúde e a integralidade da assistência. In: SOUZA, André Evangelista de; SANTOS, Lenir (Orgs.). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

WHO. World Health Organization. **Adherence to long term therapies: evidence for action**. Geneve, 2003. Disponível em: <http://www.who.int/chp/knowledge/publications/adherence_report/en/>. Acesso em: 23 nov. 2017.

WHO. World Health Organization. **Constituição da organização mundial da saúde (OMS/WHO)**. Genebra, 1946.