

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.501**

Jussara Mota<sup>1</sup>

Liana Maria Feix Suski<sup>2</sup>

**Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS. 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA ADI 5.501. 4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A CONCESSÃO DA LIMINAR. 4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A CONCESSÃO DA LIMINAR. 4.3 PONDERAÇÃO 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

**Resumo:** O presente estudo tem a finalidade de fazer uma reflexão a cerca dos direitos fundamentais envolvidos na ação direta de inconstitucionalidade – ADI 5.501, que tramita no Supremo Tribunal Federal e que busca a declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.269/2016, que autoriza a utilização da fosfoetanolamina sintética no tratamento de neoplasia maligna. A relevância do estudo reside na importância de analisar os direitos fundamentais que estão em conflito nessa ação, pois de um lado está o direito fundamental a saúde e, conseqüentemente, o dever do Estado disponibilizar drogas de qualidade e seguras, de outro lado, reside o direito fundamental a liberdade, a autonomia de o indivíduo poder optar por outro tratamento, assumindo os riscos que de forma consciente julgar necessário. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico, como técnica de pesquisa utiliza-se a documental indireta.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Direitos Fundamentais. ADI 5.501

### **1 INTRODUÇÃO**

A sociedade “vive” em constante processo de transformação e esse processo foi sendo acentuado nas últimas décadas graças ao desenvolvimento de novas tecnologias que facilitou a interação entre indivíduos. Porém, com isso também surgiram mais conflitos e, por consequência, a necessidade da edição de leis para regulamentar essas novas situações.

Diante disso, era necessário que houvesse um controle para impedir que essas leis viessem a afrontar a lei maior do ordenamento jurídico, surgindo assim o controle de constitucionalidade que impede que leis que contrariem a Constituição entrem em vigor ou as torna sem efeitos, quando já em vigor.

Esse mecanismo detém o importante papel de proteção dos direitos assegurados pela Constituição. Porém, muitas vezes na proteção de um direito

---

<sup>1</sup> Aluna do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades etc. E-mail: Jussaramotta@ymail.com.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Santo Ângelo, RS. Bacharela em Direito também pela URI. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa e Extensão – NUPEDIR e Professora do Curso de Direito da FAI Faculdades de Itapiranga, SC. Advogada. E-mail: liana.suski@seifai.edu.br.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

fundamental acaba por acometer outro, por serem incompatíveis naquele caso específico.

Isso ocorre no caso da ADI 5.501 que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.269/2016, que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer”, por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

Na referida ação, estão em pauta o direito fundamental a saúde e conseqüentemente do dever do Estado disponibilizar apenas medicamentos seguros, de outro lado, está o direito fundamental a liberdade, a autonomia de o indivíduo poder optar pelo tratamento que julgar melhor atender suas necessidades.

Assim, diante dos direitos fundamentais envolvidos nessa ação, propõe-se o presente estudo, que tem a finalidade de fazer uma reflexão acerca dos direitos fundamentais que estão envolvidos na referida ação.

O presente trabalho está estruturado da seguinte forma: em um primeiro momento será feita uma abordagem geral acerca do controle de constitucionalidade, trazendo considerações a respeito dos órgãos de controle, do momento do exercício e das formas de controle, bem como das ações do controle concentrado; posteriormente serão feitas considerações a respeito dos direitos fundamentais; e, em um terceiro momento será analisado os direitos fundamentais que estão envolvidos na ADI 5.501.

## **2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

O controle de constitucionalidade é um mecanismo de suma importância na proteção da ordem jurídica e social, isto porque, tem o importante papel de proteção da Constituição contra desmandos de leis infraconstitucionais, impedindo que as referidas leis venham a contrariar dispositivos da lei maior.

Para Padilha a superioridade hierárquica da norma constitucional em relação às demais normas do ordenamento jurídico é o pilar de sustentação do controle de constitucionalidade. Em razão dessa hierarquia, todas as normas jurídicas devem estar de acordo com a Constituição da República, que se encontra no topo do

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

sistema normativo pátrio.<sup>3</sup>

Nessa linha, Siqueira Jr, defende que “controle de Constitucionalidade é a verificação da compatibilidade das normas com a Constituição, do ponto de vista material e formal, de maneira a oferecer harmonia e unidade a todo o sistema”.<sup>4</sup>

Percebe-se que o controle de constitucionalidade é uma análise da compatibilidade da lei ou ato normativo ao estabelecido na Constituição, que esta no topo, em uma hierarquia, com relação às demais leis.

Barroso chama a atenção ao fato de que o controle de constitucionalidade pode ser analisado quanto à natureza do órgão de controle, podendo ser político ou judicial; quanto ao momento do exercício do controle, preventivo ou repressivo; e, quanto ao órgão judicial que exerce o controle, difuso ou concentrado.<sup>5</sup>

Na definição trazida por Padilha, trata-se de controle político “quando exercido por órgão político sem poder jurisdicional típico”. Já o controle judicial é aquele “quando exercido por órgão integrante do Poder Judiciário. Esse sistema permite no Brasil o controle de constitucionalidade eclético”.<sup>6</sup>

O controle político é aquele realizado preventivamente, como por exemplo, por meio de um veto de um Projeto de lei aprovado, impedindo assim, a promulgação de uma lei inconstitucional, ou seja, é aquele realizado pelo Executivo ou Legislativo. Diferentemente do controle Judicial que será realizado apenas pelo Poder Judiciário.

O controle prévio ou preventivo é aquele que se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei e visa a impedir que um ato inconstitucional entre em vigor, ou seja, ocorre antes do aperfeiçoamento do ato. Diferentemente do repressivo que é realizado após o aperfeiçoamento do ato, isto é, aquele realizado quando a lei ou o ato normativo já esta em vigor.<sup>7</sup>

No que se refere ao órgão judicial que exerce o controle, Vicente e Alexandrino ensinam que o controle difuso é aquele realizado por qualquer órgão do

---

<sup>3</sup> PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 151.

<sup>4</sup> SIQUEIRA JR. Paulo, Hamilton Siqueira. **Direito Processual Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. rev e amp. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63-64.

<sup>6</sup> PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 170.

<sup>7</sup> BARROSSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. rev e amp. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

Poder Judiciário. Já o controle concentrado é realizado apenas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.<sup>8</sup>

Goés e Mello lembram que o controle difuso realizado pelo Poder Judiciário não objetiva verificar a questão constitucional em si, mas sim a solução de uma lide qualquer, cuja solução perpassa a questão constitucional.<sup>9</sup>

O controle concentrado no Brasil é realizado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, e os efeitos dessa decisão alcançam a todos, ou seja, os efeitos vão além das partes envolvidas. Já o controle difuso realizado pelos demais órgãos do judiciário, tem a finalidade de decidir a respeito de um caso concreto específico, cuja solução envolva dispositivo constitucional e, nesse caso, os efeitos da decisão alcançam apenas as partes envolvidas.

O controle concentrado de constitucionalidade realizado pela Corte Suprema pode ser feito por meio das seguintes ações: ação direta de inconstitucionalidade genérica – ADI, ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO; ação declaratória de constitucionalidade – ADC e arguição por descumprimento de preceito fundamental – ADPF.<sup>10</sup>

A ADI de lei ou ato normativo foi introduzida no Direito brasileiro, pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946. Trata-se de verdadeira ação, no sentido de que os legitimados ativos provocam, direta e efetivamente, o exercício da jurisdição constitucional.<sup>11</sup>

Padilha ao conceituar a ADI, estabelece que é “ação de controle abstrato, de competência do Supremo Tribunal Federal, que tem por fim declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese federal, estadual e distrital no exercício de competência legislativa estadual”.<sup>12</sup>

Na referida ação a inconstitucionalidade da lei é declarada em tese, sem que esteja sob apreciação qualquer caso concreto, já que o objeto da ação é justamente

<sup>8</sup> VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional – Descomplicado**. 7. ed. rev e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 871.

<sup>9</sup> GOÉS, Guilherme Sandoval. MELLO, Cleyson de Moraes. **Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016. p. 210.

<sup>10</sup> GOÉS, Guilherme Sandoval. MELLO, Cleyson de Moraes. **Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016. p. 210-211.

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. rev e amp. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 195.

<sup>12</sup> PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 186.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

o exame da validade da lei em si. A declaração da inconstitucionalidade não é incidental, ou seja, não ocorre no âmbito de controvérsia acerca de caso concreto que envolva aplicação de uma lei cuja validade se questiona, pois a própria ação tem por fim único o reconhecimento da invalidade da lei ou ato normativo impugnado.<sup>13</sup>

Verifica-se que a ADI, não tem por objeto a análise de uma situação específica, pelo contrário, por meio dessa ação os legitimados, previsto no art. 103 da Constituição, ingressão com pedido para declarar inconstitucional determinada lei.

No que se refere à ADO, Vicente e Alexandrino defendem que:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO, novidade introduzida no direito brasileiro pela Constituição de 1988, é modalidade abstrata de controle de omissão por parte de órgão encarregado de elaboração normativa, destinando-se a tomar efetiva disposição constitucional que dependa de complementação.<sup>14</sup>

Constata-se que essa ação justifica-se quando se tem dificuldade ou impossibilidade de uma pessoa física ou jurídica conseguir exercer um direito previsto na Constituição por faltar mecanismos jurídicos para fazê-lo. Ou seja, devido a essa omissão, esse vácuo normativo impede que um direito previsto na lei maior possa ser exercido. Dessa forma, quando isso ocorrer, a referida ação é a competente para evitar o prejuízo.<sup>15</sup>

Assim a ADO, tem a finalidade de sanar omissões que venham a causar prejuízos tanto a pessoas físicas quanto jurídicas, com o não exercício de um direito em razão de não haver mecanismos que o assegurem.

Referente à ADC, para Barroso, trata-se de um mecanismo pelo qual se postula ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição, ou seja, trata-se de uma ratificação da presunção de validade. Dessa forma, resta clara a finalidade que é afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea acerca da

<sup>13</sup> VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional – Descomplicado**. 7. ed. rev e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 827.

<sup>14</sup> VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional – Descomplicado**. 7. ed. rev e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 884.

<sup>15</sup> ALMEIRA, Bruno Amaro Alves de. **Manual de controle de constitucionalidade: lei federal nº 9.868/1999**. São Paulo: Rideel, 2016. p. 72.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

matéria.<sup>16</sup>

A finalidade da ação declaratória de constitucionalidade é transformar a presunção relativa de constitucionalidade em absoluta, para que assim não venha mais a ser questionada em outra ação.<sup>17</sup> Portanto, a ADC tem por objeto confirmar a validade da norma e assim cessar as controvérsias a respeito da mesma, ou seja, pacificar uma norma objeto de contradições.

No que diz respeito à ADPF, nas palavras de Vicente e Alexandrino “vem completar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado, uma vez que a competência para sua apreciação é originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal”.<sup>18</sup>

Padilha define a ADPF como sendo:

Ação de competência originária do STF que tem por fim evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, bem como resolver controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.<sup>19</sup>

Verifica-se que a referida ação busca impedir que sejam desrespeitados direitos assegurados pela Constituição e, é utilizada de forma subsidiária, isto é, quando não houver outra ação cabível a proteção de direitos.

Portanto, pode se dizer que o controle de constitucionalidade, principalmente o controle concentrado, por meio de suas ações é um importante instrumento de proteção da ordem jurídica, impedindo que leis inconstitucionais venham a restringir direitos fundamentais.

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. rev e amp. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 276.

<sup>17</sup> ALMEIRA, Bruno Amaro Alves de. **Manual de controle de constitucionalidade: lei federal nº 9.868/1999**. São Paulo: Rideel, 2016. p. 94.

<sup>18</sup> VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional – Descomplicado**. 7. ed. rev e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 900.

<sup>19</sup> PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 213.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

A Constituição Federal ao longo de todo o texto estabelece vários direitos e garantias fundamentais, todos estes direitos estão pautados a efetivar o princípio basilar previsto na lei maior que é a dignidade da pessoa humana, ou seja, o maior valor defendido é assegurar a dignidade do indivíduo e para isso estabelece vários direitos.

A Constituição Federal enfatiza os direitos fundamentais como direitos básicos do indivíduo para alcançar o princípio absoluto defendido ao longo de todo o texto Constitucional que é a dignidade da pessoa humana. Ou seja, o objetivo maior da Constituição é garantir que todo indivíduo tenha preservada sua dignidade e para isso é necessário assegurar os direitos fundamentais com premissas básicas.

No entendimento de Guerra:

Constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de respeitar, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.<sup>20</sup>

Observa-se que para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana não basta garantir as liberdades, mas também promover ações positivas voltadas a saúde, educação, trabalho e lazer, etc. Ou seja, assegurar os direitos fundamentais.

Dantas defende que os direitos fundamentais surgiram da necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do iluminismo, mais particularmente com o surgimento das Constituições escritas. Os direitos e garantias fundamentais não se limitam aquela função de limitar a atuação estatal, de modo a proteger o homem de possíveis arbitrariedades cometidas pelo poder público, mas também de permitir que o indivíduo participe, de maneira efetiva, do processo político do Estado.<sup>21</sup>

Corroboram, nesse sentido, Mendes e Branco que afirmam “A história aponta o Poder Público como o destinatário precípua das obrigações decorrentes dos

---

<sup>20</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos:** curso elementar. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

<sup>21</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

direitos fundamentais [...]”.<sup>22</sup>

Nota-se que em um primeiro momento, os direitos fundamentais tinham, principalmente, o papel de proteger os indivíduos contra os desmandos e arbitrariedades cometidas pelo poder público. Atualmente, o Estado além de respeitar os direitos fundamentais, deve fazer com sejam respeitados e para isso, sendo necessária sua atuação de forma positiva.

O artigo 5º da Constituição Federal estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.<sup>23</sup>

Nessa linha, Lenza defende que o rol de direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal é meramente exemplificativo, pois os direitos e garantias expressos no referido artigo não excluem outros decorrentes de princípios ou de tratados internacionais do qual o Brasil seja signatário.<sup>24</sup> Com base nas decisões do STF, é possível perceber esse entendimento, isto é, de que os direitos individuais e coletivos vão além dos estabelecidos no art. 5º da Constituição Federal.

Ainda nas palavras de Lenza, “direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto que as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”.<sup>25</sup> Conforme entendimento de Mendes e Branco:

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e a visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessa pretensão.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** – Col. IDP. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

<sup>23</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso: 06 ago. 2017.

<sup>24</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. [Livro digital].

<sup>25</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. [Livro digital].

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** – Col. IDP. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].



Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

Os direitos fundamentais é resultado de uma construção histórica, isto é, foram sendo alcançados ao longo dos anos. Os primeiros direitos conquistados foram os chamados de primeira dimensão que se referiam as liberdades individuais e para a efetivação desses direitos bastava à abstenção estatal.

Lenza sugere que os direitos humanos da primeira dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de direito e, dessa forma, passando a respeitar as liberdades individuais, fruto do absentismo total do Estado.<sup>27</sup>

Em um segundo momento, verificou-se a falência desse sistema, ou seja, sua inviabilidade diante dos problemas sociais existentes e, assim, era necessário que o Estado atuasse e não mais se abstinisse, ou seja, passou-se a exigir uma atuação positiva por parte do Estado, surgindo assim os direitos fundamentais de segunda dimensão, os chamados direitos sociais.

Mendes e Branco defendem que o ideal absentista do Estado liberal, não respondia, satisfatoriamente, as exigências daquele momento, tendo em vista a grande disparidade social existente. Diante disso, era necessária uma mudança de postura por parte do Estado, isto é, uma atuação positiva voltada a atender as necessidades sociais, tais como a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc.<sup>28</sup>

Moretti e Costa chamam a atenção ao fato de que:

Os direitos sociais são conhecidos como 'direitos humanos da segunda geração'. Enquanto que o ideário da primeira geração era o da igualdade formal, das liberdades clássicas, os de segunda dimensão tem o propósito de garantir a igualdade material, em busca da justiça social. Assim, sob a inspiração principal do Tratado de Versalhes de 1919, pelo qual foram definidas as condições de paz entre as nações participantes da primeira grande guerra, nasceu à segunda dimensão dos direitos humanos, que trás proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais, nas quais não se exige uma abstenção do Estado, mas, o contrário, ou seja, impõe-se sua intervenção para a garantia desses direitos.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. [Livro digital].

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional – Col. IDP**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

<sup>29</sup> MORETTI, Deborah Aline Antonucci. COSTA, Yvete F. Lávio da. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista de Direitos e**

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

No que se refere aos direitos de terceira dimensão, nas palavras de Tavares, são aqueles que se caracterizam pela titularidade coletiva ou difusa, destinadas a proteção do homem, como o direito do consumidor e direito ambiental, são também denominados, como direitos de solidariedade e fraternidade.<sup>30</sup>

Existe divergência doutrinária quanto à existência dos direitos de quarta dimensão, alguns defendem tratar-se de direitos relativos à engenharia genética, enquanto que outros defendem tratar-se de direitos relativos à democracia e o pluralismo. Existem também aqueles que defendem a existência de uma quinta dimensão, referente ao direito a paz.

Para Mendes e Branco é importante esclarecer que essas distinções entre dimensões dos direitos fundamentais é estabelecida apenas para situar os diferentes momento sem que esses direitos foram conquistados. Ou seja, uns não substituem ou outros. Pois, os direitos de cada geração permanecem válidos juntamente com os das dimensões seguintes, ainda que o significado tenha sofrido influxo das concepções jurídicas e sociais do novo momento.<sup>31</sup>

Diante disso, verifica-se que um antigo direito pode ser adaptado ao novo contexto social, afim de garantir a efetiva proteção do indivíduo frente às novas situações jurídicas fruto de uma sociedade em constante processo de transformação.

Em um Estado Democrático de Direito, em casos concretos, é comum que direitos entrem em colisão, cabendo nessas situações, ao Judiciário à ponderação dos mesmos para determinar qual deverá prevalecer naquela situação, para que evitar que ocorram maiores prejuízos.

Nesse contexto, é importante lembrarmos as palavras de Mendes e Branco que afirmam que definir quando um direito fundamental incide numa relação entre particulares demanda exercício de ponderação entre o peso do direito fundamental e o princípio da autonomia da vontade. Deve-se efetuar essa ponderação com base no caso concreto. Cabe ao legislador estabelecer em que hipóteses a autonomia da

---

**Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.** Vitória - ES. v 17, nº 1. p. 111-134. Jan. jun.2016.

<sup>30</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional – Col. IDP.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

vontade haverá de ceder. Ao judiciário incumbirá o exame da conformidade da deliberação legislativa com as exigências da proporcionalidade e estabelecer outras ponderações.<sup>32</sup>

Não existe uma fórmula estabelecendo que para dada situação determinado direito deverá prevalecer, pelo contrário, cada situação precisa ser ponderada a luz do caso concreto para só assim poder determinar qual direito deverá se sobrepor naquela situação.

#### 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA ADI 5.501

Em abril do ano de 2016, foi proposta a ADI 5.501, com pedido liminar, pela Associação Médica Brasileira – AMB, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.269/2016, que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética, substância utilizada no tratamento de pessoas diagnosticadas com neoplasia maligna.<sup>33</sup>

A entidade fundamenta sua decisão alegando que a referida lei afronta os artigos 1º, inciso III, 5º, 6º e 196 da Constituição Federal, isto é, que, diante inexistência de estudos conclusivos a cerca da eficácia e dos efeitos colaterais da substância em seres humanos, sua liberação é incompatível com direitos constitucionais fundamentais como o direito à saúde (artigos 6º e 196), o direito à segurança e à vida (artigo 5º, caput), e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).<sup>34</sup>

Em maio do mesmo ano foi deferida a medida liminar na ADI 5.501, suspendendo a eficácia da lei 13.269/2016. Essa ação trás a baila um debate ferrenho a cerca dos direitos fundamentais que estão em pauta nessa ação. A decisão liminar do STF se deu por maioria de votos, restando clara a posição divergente de alguns ministros.

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** – Col. IDP. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

<sup>33</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>. Acesso: 05 out. 2017.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão** – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501. Publicado em 01/08/2017. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5501&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso: 01 out. 2017.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

A polêmica existente nessa ação é que ambos os polos defendem seu posicionamento com base em direitos fundamentais inerentes a uma vida digna a partir da Constituição Federal, pois se de um lado defendem a proteção do direito a vida, a saúde e na dignidade da pessoa humana, de outro defendem a liberdade de escolha e a oportunidade de uma última chance.

#### 4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A CONCESSÃO DA LIMINAR

Os ministros Marco Aurélio, Luís Roberto Barroso, Teori Zavasck, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowsk, manifestaram-se pela suspensão liminar da eficácia da lei que autoriza a utilização da fosfoetanolamina sintética.

Dentre os principais argumentos levantados foi o dever do Estado de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos e conseqüentemente a obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamentos com qualidade e segurança.

Defenderam também que a lei 13.269/2016, representa uma ofensa ao postulado da separação de Poderes, tendo em vista que não cabe ao Congresso Nacional viabilizar a distribuição de qualquer medicamento, mas sim, à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.

Alegaram ainda a ausência de registro da substancia junto a Anvisa, sendo que a aprovação na agência é requisito para industrialização e comercialização de qualquer substancia.

Os Ministros argumentaram, também, a ausência, até o momento, de testes conclusivos da viabilidade da substância no organismo humano e se demonstraram preocupados com a possibilidade da utilização da substancia favorecer o abandono de tratamentos prescritos pela medicina tradicional, os quais podem beneficiar ou curar a doença.

#### 4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A CONCESSÃO DA LIMINAR

Os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

manifestaram-se pela não concessão da liminar, permitindo assim, o acesso ao medicamento para os pacientes terminais. Na defesa dessa posição alegaram o direito de pacientes terminais agirem, ainda que tendo que assumir riscos desconhecidos, em prol de um mínimo de qualidade de vida.

Alegaram os Ministros que a Anvisa não detém competência privativa para autorizar a comercialização de toda e qualquer substância, dessa forma, podendo o Congresso autorizar a produção dispensando o registro em situações excepcionais. Defenderam ainda que o mérito administrativo de segurança e eficácia, é da Anvisa, não sendo competente o Poder Judiciário para avaliar a segurança e a eficácia de um medicamento.

Destacaram também a importância da liberação da substância aos pacientes terminais, pois a substância representa uma chance, a última esperança de quem tem tão pouca esperança e uma esperança de cura leva a resultados satisfatórios, pelo menos no que diz respeito à qualidade de vida.

#### 4.3 PONDERAÇÃO

Constata-se que é uma questão bastante delicada e que exige um juízo de ponderação, tendo em vista os direitos fundamentais em conflito. Com base nos argumentos defendidos pelos Ministros é evidente que precisa ser levado em conta o dever do Estado de proteger a saúde dos indivíduos, impedindo que medicamentos que não tenham sido objeto de estudos clínicos conclusivos sejam industrializados e distribuídos ao consumo.

De outro lado, não se pode negligenciar o direito fundamental a liberdade do indivíduo, a autonomia de poder optar pelo tratamento e conseqüentemente assumir os riscos de forma consciente. E, principalmente, o direito dessas pessoas terem a esperança da cura, a última chance, e conseqüentemente uma maior qualidade de vida.

Assim, percebe-se o grande impacto que a decisão sobre a referida ação causará na vida de muitas famílias. Podendo representar a esperança da cura, como também danos à saúde.

## 5 CONCLUSÃO

Constata-se que o controle de constitucionalidade cumpre um importante papel na proteção da Constituição e conseqüentemente dos direitos fundamentais nela assegurados, portanto, é um mecanismo valioso para assegurar a dignidade do indivíduo, já que os direitos fundamentais buscam efetivá-la.

Diante da vastidão de direitos, sejam eles explícitos ou não, acaba por haver colisão entre os mesmos, quando incompatíveis em determinada situação concreta. Ocorrendo isso, é necessário que se faça um juízo de ponderação tendo como base o caso concreto, verificando qual deverá prevalecer naquela situação para que o prejuízo seja o menor possível.

No caso da ADI 5.501, estão em pauta o direito fundamental a saúde, com a liberação para comercialização apenas de medicamentos seguros e o direito fundamental a liberdade, com o direito de o paciente poder optar por um tratamento que ainda não sido objeto de testes conclusivos acerca da sua eficácia.

Com base na dignidade da pessoa humana, que é o alicerce do ordenamento jurídico, que representa não apenas viver, mas viver em liberdade de acordo com aquilo que acredita, fazendo as escolhas que deseja, buscando a sempre a felicidade, conclui-se assim que no caso em questão, que para atender a esse princípio absoluto, deverá prevalecer o direito fundamental a liberdade, o direito de poder escolher aquilo que acredita ser melhor para assegurar uma vida digna.

Além do mais, uma vida digna pressupõe a esperança e conseqüentemente uma maior qualidade de vida, não sendo possível conceber que haja uma vida digna quando a última esperança lhe seja usurpada.

## REFERÊNCIAS

ALMEIRA, Bruno Amaro Alves de. **Manual de controle de constitucionalidade: lei federal nº 9.868/1999**. São Paulo: Rideel, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. rev e amp. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)  
7 de novembro de 2017

outubro de 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso: 06 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão** – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501. Publicado em 01/08/2017. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5501&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso: 01 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>. Acesso: 05 out. 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

GOÉS, Guilherme Sandoval. MELLO, Cleyson de Moraes. **Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. [Livro digital].

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** – Col. IDP. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

MORETTI, Deborah Aline Antonucci. COSTA, Yvete F. lávio da. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV**. Vitória - ES. v 17, nº 1. p. 111-134. Jan. jun.2016.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

SIQUEIRA JR. Paulo, Hamilton Siqueira. **Direito Processual Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional – Descomplicado**. 7. ed. rev e atual. São Paulo: Método, 2011.