

**UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES - UCAM
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES – CENTRO
NÚCLEO DE TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO - NTCC**

O ATIVISMO JUDICIÁRIO EM PROL DOS CELÍACOS

Monografia apresentada
como requisito indispensável
para a graduação em Direito

ALUNO: Luiz Fernando Walther de Almeida Filho

TURMA: 30401

ORIENTADOR: Prof. Hélio Borges

RIO DE JANEIRO, DEZEMBRO, 2010

DEDICATÓRIA

Dedico a todo grupo de celíacos, do qual faço parte, com desejo que este humilde trabalho possa de certa forma servir de estímulo para que possamos alcançar uma vida mais saudável, segura e livre de riscos, principalmente os menos favorecidos. Ao Brasil!

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meus familiares, em especial, Minhas avós Terê e Nadir, meu grande exemplo e pai Cel. Walther, Minha incansável e super mãe Luzia, minha “maninha” Bianca e sua linda família, meu irmão Marcelo amigo incondicional, meu eterno chefe, mestre e amigo Marcelo José, meus companheiros de trabalho, minha chefe Bruna, os meus inúmeros mestres, professores, amigos, verdadeiros companheiros e fundamentais na minha formação e existência.

RESUMO

ALMEIDA FILHO, Luiz Fernando Walther de. *O ativismo judiciário em prol dos celíacos*. 2010. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito Candido Mendes-Centro, Rio de Janeiro.

Doença Celíaca é para a vida toda e acontece, principalmente porque o glúten danifica o intestino delgado e com isso prejudica a absorção dos nutrientes dos alimentos. O único tratamento conhecido até o momento é a dieta totalmente sem glúten de forma permanente. Ou seja, o tratamento está na alimentação. Apesar dos benefícios da dieta, seguir uma dieta totalmente sem glúten não é fácil. Isto porque a pessoa deve modificar a sua rotina alimentar uma vez que o consumo de alimentos que contém glúten é muito frequente. Durante o IV Encontro Nacional de Associações e Grupos de Celíacos, foi elaborada a carta de Porto Alegre que explicitou as necessidades urgentes e imediatas, além da gravidade da problemática, considerando o aumento crescente na prevalência patologia, expondo que o diagnóstico tardio implica em seqüelas irreversíveis ou até mesmo óbito, mas que podem ser totalmente evitadas caso sejam diagnosticadas precocemente e com a instituição de tratamento que consiste apenas na retirada do glúten na dieta do celíaco. Uma grande conquista da luta dos Celíacos, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, foi a publicação da Lei 4.840/2006, que instituiu o Programa de Assistência aos Portadores de Doença Celíaca, assegurando o repasse mensal, através de programa assistencial próprio, de cesta básica composta de produtos isentos de glúten. O trabalho, através da aplicação dos direitos fundamentais, apoiando-se no neoconstitucionalismo, que vem servir de base teórica para justificar a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações a Administração Pública, no presente caso, realizando a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço à alimentação sadia, à saúde e principalmente a vida. Concluindo que o ativismo judiciário se justificará na extração de deveres jurídicos a partir da Lei 4.840/2006, a estrutura deve ter como cenário principal vontade do Estado Democrático ante a omissão do Poder Executivo em não executar os anseios. Ou, ainda, tão simplesmente pelo de não atendimento do mínimo existencial, caso dos Estados que não criaram o Programa de Apoio aos Doentes Celíacos.

Palavras-chave:

Direito; judiciário; celíaco; ativismo; doença.

SUMÁRIO

O ATIVISMO JUDICIÁRIO EM PROL DOS CELÍACOS

1 INTRODUÇÃO.....	
2 A DOENÇA CELÍACA (DC).....	
2.1 O GLÚTEN.....	
2.2 COMO A DOENÇA FOI DESCOBERTA.....	
2.3 PRINCIPAIS SINTOMAS.....	
2.4 TRATAMENTO DA DC.....	
3 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DOS CELÍACOS - ACELBRA.....	
3.1 A PRIMEIRA VITÓRIA DA ASSOCIAÇÃO CONSOLIDADA NA LEI 10.674/03.....	
4 DOENÇA CELÍACA E DIREITO FUNDAMENTAL.....	
5 A TEORIA DA EFETIVIDADE.....	
5.1 PRINCÍPIOS E REGRAS.....	
5.2 CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E TRIBUNAIS.....	
5.3 O ESPAÇO INEQUÍVOCO PARA ATUAÇÃO JUDICIAL EM PROL DOS CELÍACOS.....	
6 CONCLUSÃO.....	
7 REFERÊNCIAS.....	
8 ANEXOS.....	

1 INTRODUÇÃO

Importante destacar diante da enorme diferença entre as promessas constitucionais, plasmadas nos direitos fundamentais, a acentuada defasagem entre o modelo normativo do Estado e as práticas efetivas dos agentes e representantes da sociedade, aqui evidenciados diante de uma norma que institui, no Estado do Rio de Janeiro, o programa de assistência aos portadores de Doença Celíaca (DC), que deveria assegurar o repasse mensal de cesta básica livre de glúten, fundamental para o tratamento, mas que jamais teve qualquer efetividade ou serviu ao mínimo existencial dos menos favorecidos portadores da patologia. O objeto do presente trabalho é muito mais informativo e reflexivo sobre as necessidades impostas pela doença e dos riscos a ela inerente que propriamente aprofundar as discussões jurídicas, vez que este formando considera que seria um verdadeiro abuso consagrá-lo. Vale mencionar que as Associações de Defesa dos Celíacos são formadas em sua maioria por profissionais da área da saúde, fato que permite aos profissionais e operadores do direito assumirem papel de grande importância, principalmente se aliados a esses “incansáveis lutadores”, são décadas atuando em defesa do vulnerável grupo. Assim, com base no Manual dos Celíacos publicado pelo Ministério da Justiça, iniciaremos com uma análise técnica da doença, conheceremos o glúten, os efeitos e reações nos paciente, as necessidades primordiais desamparadas e muito bem explicitadas na Carta de Porto Alegre, fruto da luta das Associações de Defesa, obtendo a dimensão da problemática para só então, enfrentar uma de suas questões básicas e primordiais para quem dela necessita, o direito à alimentação especial. Neste ponto específico, veremos que a dieta é o único tratamento, assim o direito ao mínimo existencial que deve ser levantado ao debate, a alimentação, a saúde e principalmente à vida. Caminhando por grandes doutrinadores e princípios constitucionais, atrevo enfrentar a lacuna existente entre a norma e o seu fim não alcançado para este caso concreto. Discorrendo sobre a constitucionalização do Direito, utilizando como ponto de partida exatamente as bases dessa nova configuração da Ciência Jurídica no Estado Democrático de Direito, esse estudo se propôs viabilizar, sob um enfoque neoconstitucionalista, compreendendo o fenômeno jurídico do *ativismo judiciário* e seu inafastável dever de concretizar a Constituição conforme os valores

republicanos, como forma de inaugurar e abrir o caminho para dar e garantir efetividade a Lei 4.840/2006, fruto do Estado Democrático de Direito e vencer a inércia do Poder Executivo.

2 A DOENÇA CELÍACA (DC)

Inicialmente importante tecer algumas considerações sobre a Doença Celíaca para poder dimensionar a problemática e refletir sobre mecanismos de defesa deste grupo de indivíduos. Faremos a exposição com base no GUIA ORIENTADOR PARA CELÍACOS, publicado em 01/12/2010 pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor / Ministério da Justiça em parceria com a FENACELBRA (Federação Nacional das Associações de Celíacos do Brasil). Muitas pessoas têm alergia a algum tipo de alimento, geralmente corantes, ou ao leite, por exemplo. Pense, então, numa intolerância a um produto que está presente em vários alimentos, os mais comuns no nosso dia a dia, como pão, macarrão, biscoitos, bolos e mingaus. Este elemento é o glúten - a principal proteína presente no trigo, centeio, cevada e aveia. Para a pessoa apresentar intolerância ao glúten ela precisa ter dois fatores: predisposição genética, isto é, nascer com chance de desenvolver esta intolerância; e comer alimentos que contenham glúten. Esta intolerância é para a vida toda e acontece, principalmente porque o glúten danifica o intestino delgado e com isso prejudica a absorção dos nutrientes dos alimentos.

2.1 O GLÚTEN

É o nome dado à proteína presente no trigo, no centeio, na aveia, na cevada e no subproduto da cevada que é o malte. A parte tóxica do glúten para o celíaco é chamada de prolamina, que corresponde a 50% da proteína do glúten que não se dissolve na água e que é solúvel no etanol.

2.2 COMO A DOENÇA FOI DESCOBERTA

Até pouco tempo, pensava-se que poucas pessoas tinham a DC. Porém, o contexto epidemiológico da doença expandiu-se e hoje pode ser considerada

frequente em todo o mundo, afetando cerca de uma pessoa a cada 100, ou uma em cada 300 pessoas.

Diante desse quadro, em maio de 2002, como resultado de um acordo entre pesquisadores da Doença Celíaca da Itália, Estados Unidos, Brasil, Uruguai, Argentina, Espanha e Canadá, foi criado o Dia Internacional dos Celíacos, que aqui no Brasil comemoramos no terceiro domingo de maio. O objetivo é de conscientizar, divulgar e esclarecer sobre a doença para a população em geral e chamar a atenção das autoridades. Apesar da “novidade” em se considerar a doença uma epidemia, a primeira citação da “afecção celíaca” remonta ao ano 200 da era cristã. Mas, somente em 1888 foi descrita pela primeira vez por Samuel Gee, um pesquisador inglês do Hospital de São Bartolomeu de Londres. Ele fez a descrição mais completa da doença naquela ocasião, mostrando que ela afetava mais as crianças de 1 a 5 anos que apresentavam um quadro de diarreia, abdome distendido, irritabilidade e desnutrição. Descreveu também a relação da doença com a dieta do paciente, porém não a relacionou ao glúten. Por volta de 1950, um pediatra holandês chamado Willem-Karel Dicke relacionou a DC com a ingestão do glúten, observando que durante a Segunda Guerra Mundial, quando o pão esteve escasso na Europa, os casos de DC diminuíram. Três anos depois ele conseguiu comprovar sua teoria, deixando claro o papel do glúten no surgimento da doença.

2.3 PRINCIPAIS SINTOMAS

Os sintomas da DC podem surgir em qualquer idade. Os alimentos com glúten, em geral, são introduzidos na dieta da criança a partir dos 6 meses. Depois de meses ou anos após esta introdução, os sintomas da DC se iniciam e podem variar de pessoa para pessoa. Assim, o indivíduo com DC pode apresentar apenas um único sintoma ou vários sintomas, que estão descritos a seguir:

Forma Clássica: diarreia crônica (que dura mais de 30 dias), dor de barriga, barriga inchada, humor alterado (irritabilidade ou apatia), perda de apetite, desnutrição, anemia, vômitos, emagrecimento ou pouco ganho de peso, atraso no crescimento.

Forma Atípica: osteoporose, hipoplasia do esmalte dentário (manchas no dente) , dor nas juntas ou inflamação nas juntas (artrite), intestino preso, ciclo menstrual irregular, esterilidade, abortos de repetição, problemas neurológicos como

ataxia (anda como se fosse uma pessoa bêbada); epilepsia, que pode estar associada com calcificação no cérebro; neuropatia periférica, doença muscular, problemas psiquiátricos, como depressão e esquizofrenia, autismo, aftas (úlceras na boca que se repetem frequentemente). Algumas pessoas tem maior risco de apresentar a doença celíaca: os familiares de primeiro grau dos celíacos, aqueles que apresentam síndrome de Down, síndrome de Turner, doença de Williams, aqueles que apresentam doenças auto-imunes como diabetes insulino dependente, tireoidite auto-imune, alopecia areata, deficiência seletiva de IgA, síndrome de Sjögren, colestase autoimune, miocardite auto-imune.

2.4 TRATAMENTO DA DC

O único tratamento conhecido até o momento é a dieta totalmente sem glúten de forma permanente. Ou seja, o tratamento está na alimentação. E por que essa dieta totalmente sem glúten é importante? Além de ocasionar o desaparecimento completo dos sintomas e de melhorar a qualidade de vida, evita a ocorrência de complicações. As principais complicações são: osteoporose, ocorrência de doenças auto-imunes e doenças malignas como linfoma. A sensibilidade ao glúten varia de pessoa para pessoa, ou seja, existem pessoas com DC que logo após comerem alimentos com glúten apresentam sintomas, enquanto que outras pessoas mesmo comendo alimentos com glúten não têm sintomas. Isso não quer dizer que uma pessoa seja mais celíaca do que a outra. Embora a pessoa com DC não apresente sintomas após comer alimentos com glúten, o intestino dela está sendo agredido após este consumo. Apesar dos benefícios da dieta, seguir uma dieta totalmente sem glúten não é fácil. Isto porque a pessoa deve modificar a sua rotina alimentar uma vez que o consumo de alimentos que contém glúten é muito frequente. Portanto, o celíaco deve criar novos hábitos alimentares. Isso afeta não somente a vida da pessoa com DC, como também a de seus familiares.

A necessidade cotidiana de uma alimentação fora de casa, carente de opções seguras e o desconhecimento da doença por parte dos donos de estabelecimentos como: bares, restaurantes, hotéis, escolas, cozinhas industriais, “catering”, dentre outros que oferecem alimentos, é outro grande desafio para quem precisa fazer a dieta. Importante destacar que existem dois tipos de transgressão em

relação ao glúten: Transgressão voluntária onde o celíaco sabe que está consumindo glúten e faz isso voluntariamente.

Transgressão involuntária, quando o celíaco ingere glúten sem saber: algum alimento que não contém glúten, mas que durante o seu preparo pode ter tido contato com outros ingredientes contendo essa proteína.

Outra causa importante que contribui para a não obediência à dieta é a descrença de parentes e amigos que acham que “só um pouquinho” de glúten não faz mal.

É preciso ser enfático que a dieta deve ser totalmente sem glúten.

3 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DOS CELÍACOS - ACELBRA

Em 1982, um grupo de pais de Celíacos, iniciaram reuniões para trocar informações sobre a Doença Celíaca, e em 1985 criaram o Clube do Celíaco que em 1994 deu origem à ACELBRA, no Estado de São Paulo. Com objetivo de esclarecer os Celíacos, divulgar a DC, manter contato e fundar associações em outros estados e obter junto a organismo governamentais, regulamentar o símbolo internacional SEM GLÚTEM, exigir o cumprimento da Lei 8543, de 23 de dezembro de 1992, exigir dos fabricantes de produtos alimentícios a expressão CONTÉM GLÚTEN e incentivá-las a fabricarem produtos livres da substância maléfica. Além de realizar o cadastro dos portadores da patologia.

Atualmente atua na maioria dos Estados cumprindo seu Estatuto e obtendo maior dignidade aos Celíacos.

3.1 A PRIMEIRA VITÓRIA DA ASSOCIAÇÃO CONSOLIDADA NA LEI 10.674/03

Advertência "Contém Glúten" ou "Não Contém Glúten", Conforme o caso.

Art. 1º Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "Contém Glúten" ou "Não contém Glúten", conforme o caso.

§ 1º A advertência deve ser impressa nos rótulos e embalagens dos produtos respectivos assim como em cartazes e materiais de divulgação em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura.

§ 2º As indústrias alimentícias ligadas ao setor terão o prazo de um ano, a contar da publicação desta Lei, para tomar as medidas necessárias ao seu cumprimento.¹

A mencionada Lei originada após uma longa batalha contra a ABIA- Associação Brasileira de Industrias da Alimentação, que alegavam ser a lei impraticável, desinformante, e que obedecê-la custaria caro. Desejando a revogação. Contudo os frágeis argumentos não foram necessários. A ABIA solicitava também que tudo voltasse à Lei anterior (Nº 8.543/92), mas essa Lei já foi revogada. Desejando deixar os celíacos sem proteção alguma. Além disso, ao longo dos mais de doze anos de vigência da Lei anterior, muitas empresas a desobedeciam sistematicamente. Era comum indústrias alimentícias multinacionais, como por exemplo, uma empresa líder em chocolates, passarem a informar “CONTÉM GLÚTEN” nas embalagens de produtos historicamente isentos de glúten. Agora, com a nova Lei, esses alimentos passaram a conter, conforme descrito nas embalagens, “traços de glúten” ou “traços de trigo”. Ora, a alteração das fórmulas aconteceu por “passe de mágica”. É evidente que o problema não se encontra nos alimentos, mas sim na contaminação acarretada pela manipulação concomitante com as farinhas de trigo, aveia, centeio, cevada e malte. Desta forma podemos pressupor que antes da edição da nova Lei, os produtos sem a inscrição positiva “CONTÉM GLÚTEN” eram isentos da substância e poderiam ser consumidos com segurança pelo doente e agora, com a obrigatoriedade da inscrição negativa “NÃO CONTÉM GLÚTEN”, percebe-se que as indústrias simplesmente não desejavam se responsabilizar pela isenção do glúten. Antes da edição da nova Lei, possivelmente o celíaco era “enganado” com alimentos já contaminados. Assim, positivamente passaram a existir cada vez mais nos supermercados um número francamente crescente de produtos cujas embalagens já foram adaptadas à Lei 10.674/03, trazendo a inscrição “CONTÉM GLÚTEN” ou “NÃO CONTÉM GLÚTEN”, conforme o caso. Algumas sérias outras não, mas certo que o portador da patologia passou a ter mais segurança no consumo industrial alimentício.

¹ BRASIL. *Lei n 10.674, de 16 maio 2003*. Obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca. Art. 1º.

A *contrario sensu*, a Lei 10.674/03 veio inclusive beneficiar a entrada de produtos brasileiros no Mercosul, pois países como a Argentina, o Uruguai e o Chile já adotaram legislação específica para proteger o doente celíaco.

Com relação aos Estados Unidos, o Prof. Dr. Alessio Fasano, diretor da cadeira de Gastroenterologia e Nutrição Pediátrica da Universidade de Medicina de Maryland elogiou a Lei 10.674/03 e indicou o seu pessoal da força tarefa americana a contatar nosso pessoal no Brasil visando a adoção de uma Lei semelhante naquele país.

4 DOENÇA CELÍACA E DIREITO FUNDAMENTAL

Pensar na defesa dos celíacos é pensar diretamente na defesa dos direitos e garantias fundamentais garantidos e fundantes de nossa Constituição, é preservar a vida.

Cumprir-se ao dizer expressivo de Alexandre de Moraes:

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado como condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequada com a condição humana, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.²

A supremacia de relações sociais, econômicas, políticas, familiares, educacionais e patrimoniais entre os indivíduos cria direitos e deveres recíprocos para as partes. Estes fatos, como vem acontecendo com o surgimento da Doença Celíaca, ao exigirem regulamentação jurídica, tornam certo o entendimento de que o

² MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 87.

Direito tem por fim impor ordem, segurança e justiça objetiva na convivência humana. Os efeitos desse fenômeno numa sociedade política exigem a observância do ordenamento jurídico por todos os indivíduos, ora por se cuidar da prevalência do direito subjetivo de cada pessoa, visando satisfazer os interesses e pretensões jurídicas perseguidas, ora pela necessidade de imposição do direito objetivo que representa a ordem jurídica com a totalidade das normas em vivência harmônica. Neste passo, alcançamos que o funcionamento de um sistema jurídico todo voltado para assegurar as garantias processuais do cidadão não pode admitir que só exista o direito positivo, por essa situação limitaria a função do jurista. O que se constata atualmente é que o processo, na realidade vivida, abandona a sua posição de ser meio de pretensão individual, para se transformar em veículo a ser utilizado pelas massas, para efetiva prestação jurisdicional de seus anseios e para tanto o amparo dos princípios se faz igualmente fundamental.

5 A TEORIA DA EFETIVIDADE

O reconhecimento de força normativa as normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como “doutrina brasileira da efetividade”.³ Tal movimento procurou não apenas as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Seguindo esta linha, as normas no âmbito constitucional, verdadeiras normas jurídicas em geral, possuem o atributo da *imperatividade*. Normas constitucionais, portanto, contem comandos. Extraímos a imperatividade de uma norma tanto por ação quanto por omissão. Ocorrida uma violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetado e a devida restauração da ordem jurídica. Estes meios são a

³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

ação e a *jurisdição*: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação. Coexistindo mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos.

Em termos práticos, em todas as vezes em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais⁴ ou difusos, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário assume e passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia *positivista*: direito constitucional e norma; e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se esta na Constituição deve cumprido.⁵

5.1 PRINCÍPIOS E REGRAS

Elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo a atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios. A doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a diferença entre ambos,⁶ todavia não pretendemos detalharmos as

⁴ Direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandariam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Esses direitos, também referidos como prestacionais, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde. É certo, todavia, que já não prevalece hoje a idéia de que os direitos liberais – como os políticos e os individuais – realizam-se por mera abstenção do Estado, com um simples *non facere*. Pelo contrário, produziu-se já razoável consenso de que também eles consomem recursos públicos. Por exemplo: a realização de eleições e a organização da Justiça Eleitoral consomem gastos vultosos, a exemplo da manutenção da polícia, do corpo de bombeiros e do próprio Judiciário, instituições importantes na proteção da propriedade. Sobre o tema, vejam-se: HOLMES, Stephen. *Cass Sunstein, The cost of rights*. New York: Christopher, 1991; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. São Paulo: Saraiva, 2005; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ V. BARROSO, Luís Roberto. *A doutrina brasileira da efetividade*. In: Temas de direito constitucional, v. 3, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 76: “Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania “.

diferenças, uma vez que no presente arcabouço temos princípios e regras como pilares paralelos e não conflituosos.

Valendo destacar que Regras se aplicam na modalidade *tudo ou nada*: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto.⁷

Por isso se diz que as regras são *mandados* ou *comandos definitivos*:⁸ uma regra somente deixara de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for invalida. Como consequencia, os direitos nela fundados também serão definitivos.⁹

5.2 CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E TRIBUNAIS

Se há uma expressão, no interior da Teoria do Direito, que pode ser associada diretamente ao neologismo *neoconstitucionalismo*, por certo que é *hermenêutica constitucional* que, segundo Barroso,¹⁰ constitui-se como a própria base filosófica do novo constitucionalismo, juntamente com a filosofia analítica. Com efeito, o tão propagado *novo constitucionalismo* teórico é, na verdade, o atual paradigma do Direito construído sob uma teoria jurídica – que representa a superação tanto do positivismo quanto do jusnaturalismo –, em que a pedra angular é a própria Constituição e que, portanto, refere-se, em síntese, a uma propugnação alicerçada no compromisso de interpretar e aplicar as normas jurídicas sempre sob a lente dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Ademais, nessa

⁶ Por simplificação, é possível reduzir estes critérios a apenas três, que levam, em conta: a) o conteúdo da norma; b) a estrutura normativa; c) o modo de aplicação. Não será possível avançar em relação aos dois primeiros, salvo para registrar que princípios expressam valores, direitos fundamentais ou fins públicos, ao passo que regras são normalmente comandos objetivos, descritivos de condutas. Sobre a aproximação entre direitos fundamentais e princípios, v. ALEXY, Roberto. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 82.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 24.

⁸ ALEXY, Roberto. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 87-88: “[A]s regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. (...) Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando inválida, ao menos, uma das regras” (tradução livre). Para uma visão crítica sobre o ponto, v. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003.

⁹ DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, mimeo 2005, p. 51: “O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-sedeveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostosdeveres) *prima facie*”.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 207.

corrente de pensamento, a Constituição também significa a retomada do elo entre a Política e o Direito.

O constitucionalismo se perfaz no respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. E nesse ambiente, e nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente.

5.3 O ESPAÇO INEQUÍVOCO PARA ATUAÇÃO JUDICIAL EM PROL DOS CELÍACOS

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública, em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço à alimentação sadia, à saúde e principalmente a vida.

Assumindo importância a avaliação da função do juiz dentro da sociedade moderna e, como tal, a noção de que tempos passados já não se ajustam ao presente, notadamente considerando os novos litígios. De fato, torna-se imperioso que o juiz (e também todos os operadores do direito) assumam sua verdadeira posição dentro da sociedade atual, enveredando para um caminho de efetiva participação nos destinos da sociedade como um todo, sob pena de comprometer-se a real importância do Poder Judiciário dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito. Nas palavras do iminente juiz inglês, Prof. Ronald Dworkin: “Quem poderá

negar que, para o direito, as decisões judiciais constituem uma contribuição criativa, e não meramente discritiva?”

Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. O Judiciário deve intervir sempre que um direito fundamental ou infraconstitucional estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa.

O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, e o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios.

O controle jurisdicional em matéria de proteção do mínimo existencial, aqui dos doentes celíacos, deve e tem como fundamento não só a norma jurídica, fruto da deliberação democrática. A política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma anterior pela Constituição, independente da lei válida mas por ser plenamente sustentável pelos direitos fundamentais. Com isto, tanto ação administrativa correspondente, como a inexistente poderá ser objeto de controle/complementação jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei e os princípios constitucionais, sendo também legítima a utilização de fundamentos morais ou técnicos, visto que possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões e lacunas dos poderes públicos. E mais flagrante no que tange a Lei nº 4.840/2006, vez que o processo Legislativo e democrático deliberou e o Executivo tem se quedado inerte.

6 CONCLUSÃO

O tema versado no presente estudo envolveu princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde. Disso extraímos duas conseqüências relevantes. A primeira: como cláusulas gerais que são, comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização. E a extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e, no presente caso, a estrutura deve ter como cenário principal a hipótese de omissão do Poder Público. Ou, ainda, tão simplesmente pelo de não atendimento do mínimo existencial, caso dos Estados que não criaram o Programa de Apoio aos Doentes Celíacos.

Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir.

Estejamos todos, Celíacos, Familiares, Grupos de Apoio e a Sociedade como um todo, prontos para batalha, vez que plenamente legitimados para postular em ações individuais, coletivas ou abstratas para a cesta básica específica definida pelos artigos 3º e 4º da Lei 4.840/2006.

7 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Eneá de Stutz e. *Indivíduo, pessoa e direitos da personalidade: reflexões*. 2009.
- ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Do estado liberal ao estado social*. 5. ed. São Paulo: Del Rey, 1993.
- BRASIL. *Lei n 10.674, de 16 maio 2003*. Obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2006.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- _____. *Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Revista Alceu (PUC/RJ), Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul-dez 2004.
- _____. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Nelson Boeira (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Rázon*. 2. ed. Madrid: Trota, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

8 ANEXOS

ANEXO A – A carta de Porto Alegre e a dimensão da problemática

Íntegra elaborada pelas Associações de Celíacos do Brasil.

“Os dirigentes e representantes das associações de Celíacos do Brasil reunidos em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, nos dias 18 e 19 de setembro de 2004, durante o II Congresso Nacional de Celíacos e IV Encontro Nacional de Associações e Grupos de Celíacos, considerando o aumento crescente na prevalência da doença celíaca, patologia na qual a cada dia se identificam novas correlações positivas com outras doenças de elevada prevalência nos cidadãos brasileiros, em especial as auto-imunes e que o seu diagnóstico tardio implica em seqüelas irreversíveis ou até mesmo óbito, mas que podem ser totalmente evitadas caso sejam diagnosticadas precocemente e com a instituição de tratamento que consiste apenas na retirada do glúten na dieta do celíaco, evitando assim internações, consultas, medicamentos, exames outros desnecessários acarretando maior ônus para paciente que, ainda, perde qualidade de vida e para o SUS.

A ineficiência do Sistema Único de Saúde - SUS em diagnosticar a doença celíaca no país visto que a ACELBRA conta com milhares de inscritos e, segundo últimos dados científicos esta patologia pode acometer em torno de 270.000 habitantes, segundo dados de Gandolfi et al (2000) obtidos em triagem inicial com testes bioquímicos de transglutaminase em banco de sangue de doadores. Vale ressaltar que esta população é considerada “sadia” por não apresentar sinais clínicos de patologias e negatividade em provas sorológicas, as de rotina em bancos de sangue humano negativas. A deficiência no diagnóstico ocorre por inexistência de testes diagnósticos específicos e falta de capacitação dos profissionais de saúde.

O despreparo da sociedade para conviver e respeitar a necessidade orgânica do doente celíaco, gerando discriminação social.

A inexistência de uma alimentação escolar adequada ao doente celíaco, desencadeando riscos letais às crianças portadoras desta patologia.

- A falta de controle do teor de glúten nos alimentos comercializados no país.

- A falta de fiscalização no setor que comercializa preparações alimentares tais como bares, restaurantes que não apresentam os ingredientes de seus produtos;
- Os Programas de Alimentação do Trabalhador e Restaurantes Universitários que ignoram as necessidades especiais dos seus comensais.

Setor de hotelaria que ignora a existência de celíacos no Brasil.

A falta de punibilidade para àqueles que transgridem às atuais legislações sobre o assunto; em especial à Lei Federal Nr 10.674 de maio de 2003.

Com estas considerações, solicitam políticas públicas que respeitem o direito básico do cidadão brasileiro portador desta patologia implementando:

- Capacitação em serviço para os profissionais da saúde referente aos sintomas, diagnóstico e monitoramento da Doença Celíaca-DC, incluindo médicos, nutricionistas, dentistas, enfermeiros e agentes comunitários de saúde
- Campanha nacional de esclarecimento à população em geral a respeito da DC, promovendo a não discriminação, o controle social e a estimulação da busca de diagnóstico dos portadores de sintomas.
- Disponibilização de exames diagnóstico para a DC no âmbito do SUS (antigliadina IgG e IgA, antiendomísio IgA, antitransglutaminase IgA, e biópsia de intestino delgado).
- Incluir como recomendação no tratamento do câncer do trato digestivo os exames para diagnóstico da DC.
- Desenvolvimento de site dinâmico e interativo, na página do Ministério da Saúde, para orientações e esclarecimentos específicos à população brasileira, com participação de representantes das ACELBRA's participando em seu gerenciamento.
- Publicação de materiais educativos para distribuição nas unidades básicas de saúde, para os diferentes públicos, os profissionais, a população em geral e para os Celíacos.
- Vigilância sanitária dos produtos alimentares com controle periódico do nível de glúten, assim como inspeção da linha de produção.
- Exigência de divulgação dos ingredientes alimentares das preparações servidas em todo estabelecimento comercial.
- **Oferecimento do alimento adequado ao Celíaco na alimentação escolar e capacitação de manipuladores de alimentos para o adequado preparo, evitando a contaminação por glúten derivado de outras preparações simultâneas ou com os mesmos utensílios.**

- Capacitação de garçons, de cozinheiros, do setor de hotelaria em geral, para atendimento aos Celíacos.
- Garantia de subsídio para alimentação dos Celíacos carentes, como 1(um) Salário Mínimo(SM), para famílias com renda per capita inferior a 2(dois)SM ou cesta básica específica com ingredientes alimentares para o preparo de alimentação isenta de glúten, com periodicidade mensal e independente do recebimento da bolsa família ou bolsa alimentação.
- Montagem, manutenção e planejamento de cursos em cozinhas populares para capacitação na produção de alimentos sem glúten.
- Estímulo para produção industrial de alimentos sem glúten, por incentivo à pesquisa e isenção de impostos para novas linhas de produção, considerando que o ambiente de produção deve ser específico de alimentos sem glúten.
- Incluir como exigência básica, a investigação de DC em pacientes com os sintomas clássicos da doença: diarreia e desnutrição, assim como em alterações do esmalte dentário, anemia ferropriva refratária ao tratamento, hipotireodismo, diabetes juvenil, baixa estatura, osteoporose e osteopenia, esterilidade e abortos de repetição, diabetes juvenil, epilepsia, Síndrome de Down, Síndrome de Turner, autismo, etc.

Todos os dirigentes e representantes das Associações dos Celíacos do Brasil, presentes no II Congresso Nacional de Celíacos e IV Encontro Nacional de Associações e Grupos de Celíacos, assumem o compromisso de promover ampla divulgação desta carta, junto à órgãos dos governos federais, estaduais e municipais, em meios de comunicação, e encaminhamentos à organizações e instituições não governamentais.

Porto Alegre, 20 de Setembro de 2004”

Fonte www.riosemglutem.com.br

ANEXO B – Lei n 4.840, de 5 de setembro de 2006

A presente lei decretada e sancionada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, publicada no D.O – PII, de 21/12/2006, de autoria do Deputado Alessandro Molon, institui o Programa de Assistência aos Portadores de Doença Celíaca. A saber:

LEI Nº 4.840, DE 05 DE SETEMBRO DE 2006.

Institui, no Estado do Rio de Janeiro, o programa de assistência aos portadores de doença celíaca.

A Governadora do Estado do Rio de Janeiro,

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica instituído, no Estado do Rio de Janeiro, o Programa de Assistência aos Portadores de Doença Celíaca.

Art. 2º - Para garantir a efetiva implantação do programa de que trata esta Lei, fica assegurado o acesso gratuito à realização de exames específicos para diagnóstico da Doença Celíaca, mediante prescrição médica.

Art. 3º - Fica assegurado o repasse mensal, através de programa assistencial próprio, de cesta básica composta de produtos isentos de glúten, aos portadores de Doença Celíaca, desde que comprovada a impossibilidade financeira de suprir as necessidades básicas de alimentação.

Art. 4º - A cesta básica a que se refere o artigo anterior será composta de:

- I - macarrão de arroz ou milho;
- II - farinha de arroz;
- III - fécula de batata;

IV - biscoitos sem glúten;

V - outros produtos especiais, a critério do órgão responsável

Art. 5º - O Poder Executivo, através de órgão próprio, promoverá programas educativos com a finalidade de esclarecer as características, os sintomas e o tratamento da Doença Celíaca, mediante:

I - a elaboração e distribuição de cartazes, cartilhas e folhetos explicativos que deverão ser disponibilizados nos postos de saúde, nas escolas e nas instituições públicas de todo o Estado;

II - a elaboração e distribuição de folhetos explicativos específicos para hotéis, bares, restaurantes e similares, em todo o Estado;

III - a organização de seminários e treinamentos com vistas à capacitação dos profissionais da área da saúde pública, em todo o Estado;

IV - a criação de um cadastro quantitativo para apurar a incidência da doença em todos os municípios do Estado.

Art. 6º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 05 de setembro de 2006.

ROSINHA GAROTINHO

Governadora

OBS: Os vetos aos artigos 3º e 4º foram derrubados na ALERJ em dezembro de 2006.

Fonte <http://www.alerj.rj.gov.br>